سلطة القاضى التقديرية

فى المواد المدنية والتجارية

(دراسة تحليلية وتطبيقية)

دكتور

نبيل اسماعيل عمر

أستاذ قانون المرافعات

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

والمحامى بالنقض

2002

دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩

بسم الله الرحمن الرحيم

وقل رب زدني علما

صدق الله العظيم

مقدمة عامة

١- سلطة القاضى التقديرية هو موضوع يتمتع بهجر الفقه له. فمن النادر أن نصادف بحثا أو مؤلفا يتناول هذا الموضوع بصورة متكاملة، وأهمية الموضوع لا تخفى على أحد:

فالقاضى سلطة تقديرية دائما، سواء تعلق الأمر بالقانون المنظم لأصل الحق، أم بالقانون الاجرائى. هذه السلطة تحتاج إلى تعريف وتحديد وبيان لعناصرها المكونة، وبيان لكيفة ممارستها، ثم بيان محل أو مضمون هذه السلطة.

ومن جهة أخرى فإن سلطة القاضى التقديرية تثير مسألة هل هذه السلطة تكون من طبيعة واحدة حينما ينظر اليها فى مختلف فروع القانون الذى توجد فى إطاره، أم أن لها طبائع متعددة.

ومن جهة ثانية ما هو مضمون هذه السلطة التقديرية وماهى علاقتها بالسلطة القضائية التى يملكها كل قاضى له ولاية القضاء.

ثم من جهة ثالثة، ماهى الآثار الإجرائية والموضوعية التى تنشأ عن ممارسة القاضى لسلطته التقديرية؟ وهل هذه الآثار بفرض وجودها تتولد من مجرد استعمال القاضى لسلطته التقديرية، أم أن ترتب هذه الاثار مشروط بالتقدير القضائى.

ويجب على دارس هذا الموضوع أيضاً البحث فى مجموعة العلاقات التى تنشأ عن استعمال السلطة التقديرية، فيجب البحث عن علاقة السلطة التقديرية بمختلف عناصر الادعاء، ثم دراسة علاقة السلطة التقديرية بعناصر القاعدة القانونية، ودراسة علاقة السلطة التقديرية بالتكييف القانونى بوجه عام.

وهناك تصنيفات فقهية أو مدرسية ترى امكانية وجود تدرج داخل نطاق السلطة التقديرية، وتربط هذا التدرج بتسبيب الأحكام القضائية وجودا وعدما، مثل هذه الآراء تحتاج إلى إعادة نظر:

لأن السلطة التقديرية توجد قائمة جنبا إلى جنب مع السلطة القضائية التى يملكها القاضى. ويتعين على القاضى التقدير قبل القضاء، وهذا ما نراه من سياق هذه الدراسة.

والتقدير القضائى قد يكون تقديرا شخصيا وقد يكون تقديرا موضوعيا وكلاهما نوعان من أنواع التقدير القضائى ولا ثالث لهما كما سوف نرى من بعد.

٢- والواقع أن اختيارنا لهذا الموضوع يجد أساسه فى العديد من الاعتبارات:

أ- لا يوجد بحث فى القانون الخاص يعالج موضوع سلطة القاضى التقديرية برمته.

ب- جمهور الفقه يترك هذا الموضوع جانبا ويعالجه كمسلمة يفترض فى الجميع العلم بها.

ومن ذلك ما يقال بأن «القاضى ازاء موضوع معين يتمتع «بسلطة تقديرية مطلقة»، أو «أن للقاضى سلطة تقديرية كاملة» أو «أن للمحكمة أن تبنى عقيدتها على ما استخلصته بما لها من سلطة تقديرية كاملة» أو أن «لا رقابة لمحكمة النقض على أعال القاضى لسلطته التقدرية».

فى جميع هذه الصياغات يستخدم مصطلح السلطة التقديرية كبديهية مفروض فى الجميع معرفتها، دون أن يكون لدينا ضابط أو معيار لهذه السلطة.

جـ- ظهور الحاجة إلى دراسة متكاملة لسلطة القاضى التقديرية حتى يتم قمع ما يمكن تسميته «بالتعسف فى الاستدلال» الذى يتم تحت ستار استخدام القاضى لسلطته التقديرية.

د- آن الأوان لانشاء دراسات تهدف إلى كشف الصلة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الاجرائية، وسلطة القاضى التقديرية

تظهر الوصل الذى لاينفصم بين هذه المراكز بعضها البعض.

٣- والدراسة التطبيقية لأعمال القاضى لسلطته التقديرية اذا تجرى على محورى القانونى المدنى بالمعنى الضيق باعتباره الشريعة الأم فيما يتعلق بأصل الحقوق، وقانون المرافعات باعتباره السريعة الاجرائية العامة. تبرز لنا علاقة المراكز القانونية الموضوعية بالمراكز القانونية الاجرائية وهذا ما نكرس له الباب الثانى بأكمله.

واذا كانت القاعدة الشهيرة «أن محكمة النقض لا تراقب السلطة التقديرية للقاضى» فأن الوقت قد أزف لبيان زيف هذا إلمظهر. فالمحكمة العليا تراقب سلطة القاضى التقدرية عن طريق رقابة المصادر التى استمد منها القاضى عناصر التقدير.

كما أن إثبات قيام الارتباط الوثيق الذى لا ينفصم بين السلطة التقديرية للقاضى من جهة، وسلطة القاضى القضائية من جهة أخرى يساعد فى إثبات قيام وفعالية هذه الرقابة.

٤- وبالنظر إلى طبيعة هذه الدراسة، فإن جانب التجريد والتحديد فيها يتناوبان مناطق هذه الدراسة من بدايتها إلى نهايتها.

وربما يجد الباحث أو القارئ مفهوما جديداً فى هذه الدراسة أو يجد مصطلحات جديدة غير مألوفة لدى الفقه التقليدى، أو يجد أنماط جديدة من التحليل الفنى أو المنطقى، أو يجد رؤيا أتت فى غير عنصرها، وتقديرى الشخصى أن كل هذا مفيد لتقدم العلم طالما أنه يستند على أساس علمى، أو يحاول البحث عن نظم جديدة تواجه واقعا جديدا.

وبنهاية هذا البحث نكون قد اجتهدنا قدر الاستطاعة فى دراسة موضوع غير مسبوق دراسته، فان حالفنا التوفيق كان لنا أجران، وان كان العكس فلنا أجر المجتهد الذى نقبله بصدر رحب.

خطة الدراسة:

نتناول دراسة سلطة القاضي التقديرية في بابين:

الباب الأول: تحديد ماهية سلطة القاضي التقديرية.

الباب الثاني: دراسة تطبيقية لأعمال القاضي لسلطته التقديرية.

وتنتهي الدراسة بخاتمة توجز ابرز النتائج اليت توصلنا اليها من دراسة هذا الموضوع.

الباب الأول

تحديد ماهية السلطة التقديرية في العمل القضائي بوجه عام

٥- عندما نتصدى لتحديد ماهية السلطة التقديرية فى العمل القضائى أيا كان شكله، فانه يجب أن يكون واضحا فى الأذهان أن القواعد القانونية القانونية فى المجتمع تقوم بتنظيم روابط الحياة الاجتماعية بكافة صورها. فتحدد للأفراد قواعد السلوك الاجتماعى، وترسم حدوده وآثاره، وما يترتب على مخالفة كل ذلك من اثار وجزاءات.

والغالب أن القانون يتحقق فى المجتمع تلقائيا، بمعنى أن يكون احترام الأشخاص للقانون نابعا من تطابق سلوكهم الاجتماعى مع القواعد القانونية.

ومع ذلك فعند الاخلال بالقواعد القانونية، فالأمر يحتاج إلى تدخل السلطة العامة لازالة هذا الخلل. ويتم ذلك عن طريق الالتجاء إلى القضاء، وطرح الموضوع المتنازع عليه أمامه. ويتدخل القاضى لتطبيق القانون الذى وقعت المخالفة له، كما يتدخل ليكفل حماية المصلحة التى ترمى القاعدة القانونية إلى اشباعها وهذه هى الحماية القضائية(١).

وبناء على ذلك فان اعمال الحماية القضائية يؤثر ابتداء كعامل نفسى فى أعمال القانون الموضوعى تلقائيا من جانب الأشخاص فى المجتمع، ونفس هذه الحماية تصير أداة لتحقيق القانون الموضوعى جبرا عند عدم احترامه تلقاذيا(٢).

وداخل مرحلة تحقيق القانون الموضوعى جبرا، عند عدم احترامه تلقائيا، يمارس القاضى أحد سلطاته الهامة المخولة له بموجب ولاية القضاء التى تقلدها عند بداية ممارسته للعمل القضائى.

---

(١) وجدى راغب: النظرية العامة فى العمل القضائى ، ص ١١٠.

(٢) ابراهيم سعد: القانون القضائى الخاص جـ ١ ص ١٣.

هذه السلطة التى نتولى دراستها الآن هى سلطة التقدير التى يقوم بها القاضى، والتى نتناولها بقصد تعريفها وتحديدها، وبيان عناصرها.

وبناء على ذلك ينقسم هذا الباب إلى الفصول التالية:

الفصل الأول: في مفهوم السلطة التقديرية بوجه عام.

الفصل الثاني: ماهي التقدير الموضوعي لاقضائي.

الفصل الثالث: ماهية التقدير الشخصي في العمل القضائي.

الفصل الأول
في مفهوم السلطة التقديرية للقاضي
بوجه عام

٦- دراسة مفهوم السلطة التقديرية للقاضى بوجه عام تهتم فى المقام الأول ببيان كيف يسلك القاضى عند اصداره للعمل القضائى. كيف بواجه الواقع المجرد بهدف اعادة مطابقته للقانون جبرا بعد ما حدث خلل فى هذه المطابقة نتيجة عدم انصياع الأشخاص لأعمال مقتضى القانون اختيارا. كيف يقدر القاضى هذه الوقائع؟ وما هو مقدار التقدير الموضوعى المجرد فى العمل القضائيوما هو مقدار التقدير الشخصى فى هذا العمل؟ وما الذى يخضع والذى لايخضع لرقابة محكمة النقض؟

كل هذه المسائل تحتاج قبل كل شئ لتحديد مفهوم السلطة التقديرية التى يتمتع بها كل قاضى عند ممارسته للعمل القضائى.

هذا بالتحديد ليس سهلاً، وانما يحتاج لفحص فروع أخرى من القانون غير قانون المرافعات لمعرفة ماهية السلطة التقديرية للقاضى، لأن اختلاف الموضوعات التى ينظمها قانون معين يؤدى إلى اختلاف سلطة القاضى ازاء تقدير ذات هذه الموضوعات. فهذه الدراسة اذن وفى هذا المكان عينة هى من باب دراسة النظم القانونية بصدد مسألة واحدة هى سلطة القاضى التقديرية.

٧- وعلى ذلك تنقسم دراسة مفهوم السلطة التقديرية للقاضى بوجه عام إلى المباحث التالية:

المبحث الأول: دراسة فكرة السلطة التقديرية في القانون الإداري.

المبحث الثاني: دراسة فكرة السلطة التقديرية في القانون الجنائي.

المبحث الثالث: دراسة فكرة السلطة التقديرية في القانون المدني.

المبحث الرابع: دراسة فكرة السلطة التقديرية بوجه عام في قانون المرافعات

المبحث الخامس: محاولة البحث عن تحديد منضبط لماهية السلطة التقديرية.

المبحث الأول

دراسة فكرة السلطة التقديرية

فى القانون الإدارى

٨- نتناول فيمايلى فكرة السلطة التقديرية فى نطاق القانون الإدارى فى المطالب الآتية:

المطلب أول: نظرة تاريخية للسلطة التقديرية للإدارة.

المطلب الثاني: معنى السلطة التقديرية للإدارة وتمييزها عما قد يختلط بها.

المطلب الثالث: أساس السلطة التقديرية للإدارة ونطاقها.

المطلب الرابع: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية.

المطلب الأول

نظرة تاريخية للسلطة التقديرية للإدارة

٩- يقصد بالسلطة الإدارية التقديرية أو لاسلطة التقديرية للإدارة بمعناها الواسع تمتع الإدارة بقسط من حرية التصرف وهى تمارس مختلف اختصاصاتها القانونية. هذه السلطة هى ظاهرة طبيعية تلازم أى نشاط انسانى. والسلطة التقديرية للإدارة لايمكن أن تظهر الا فى نظام الدوله القانونية ومبدأ سيادة القانون.

فحيث لا تكون الدولة قانونية، وحيث لا يكون للقانون من سيادة فلامجال للحديث عن السلطة التقديرية للإدارة. وذلك لأن سلطتها فى مثل هذه الحالة سوف تكون سلطة تحكمية لا تقديرية(١).

ومع ذلك فان تمتع الإدارة بسلبطة التقدرى الحر لبعض عناصر تصرفاتها لا يمكن أن يكون فى الدولة القانونية خارج إطار القاقنون وانما ضمن حدوده.

فالسلطة التقديرية أو المقيدة هى فى نهاية المطاف أداة لأعمال القانون. والقيمة الحقيقية لخضوع الإدارة للقانون فى الدولة القانونية لا تظهر واضحة الا اذا كانت هناك رقابة قضائية من جهة قضائية مستقلة يتحقق بها الضمان لخضوع الإدارة للقانون.

وعلى هذا فخضوع الإدارة للقانون أو مبدأ سيادة القانون انما هو مبدأ ينبع من فكرة سياسية تتعلق بتنظيم لاسلطات العامة فى الدولة. وتهدف إلى وضع الجهاز التنفيذى فى مركز أدنى بالنسبة للجهاز التشريعى.

---

(١) عصام عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية رسالة - عين شمس - ١٩٧١، ص ١.

- ثروت بدوى - الدولة القانونية - بحث - مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد ٣، السنة الثالثة ١٩٥٩، ص ٢٨.

- ثروت بدوى - مبادئ القانون الإدارى، جـ ١، ١٩٦٦، ص ٢٥٧.

وبالتالى متع الأول من التصرف الا تنفيذا لقانون أو بتفويض منه. وخضوع الجهاز التنفيذى للجهاز التشريعى فى هذا المعنى يقصد به الخضوع الوظيفى وليس حتما الخضوع العضوى.

وعلى ذلك فعلاقة الخضوع هذه لا تعنى أن تكون الإدارة ملزمة قانونا بما قد نتلقاه من أوامر المشرع بشأن تنفيذ القوانين على وجه معين فى حالات فردية. فعلاقة العمل الإدارى بالقانون لا ينبغى لها دائما أن تكون علاقة مطابقة حرفية، بل يكفى أن تكون أحيانا علاقة موافقة[1].

١٠- وقد كانت الإدارة فى ظل نظام الثورة الفرنسية الأولى خاضعة كلية للقانون[2]، وذلك لأن القانون فى هذه الفترة كان يجب أن يكفى نفسه بنفسه.

ومن مظاهر ذلك أن الجمعية الوطنية الفرنسية لم تكن فقط على الإدارة حق اصدار اللوائح التفنيذية، بل اضافة إلى ذلك احتفظت هى نفسها بحق اصدار التعليمات التفصيلية لتسهيل تنفيذ القوانين التى تصدرها، والزمت جميع الموظفين بابلاغ تفاصيل نشاطهم كل عشرة أيام الى لجنتى السلامة العامة والأمن العام المنبثقين من الجمعية الشريعية لمراقبة تنفيذ القوانين.

ومن هنا أمكن اطلاق اسم نظام الإدارة المحجوزة على هذا الأسلوب من أساليب الإدارة . ذلك لأن مهمة القوانين هى أن تحدد كل شئ بشكل واضح وصريح، بأسلوب يستبعد الشك بالوضوح ويستدرك الاستثناءات بالتوقع.

وبناء على ذلك يمكن القول بأن المشرع الفرنسي، فى ظل الفترة الأولى الثورة الفأنسية، قد استزثر بكل السلطات من أجل ضمان سيادة القانون.

) ثروت بدوى، الدولة القانونية، سبق الإشارة اليه، ص ٦١ مشار إليه فى عصم البرزنجى، ص ٣.

(٢) وقد نصت المادة الثانية من لاقسم لاثانى من مرسوم ١٦/١٤ فريمير، السنة الثالثة على المنع المطلق لكل سلطة أو موظف عامو من أن يصدر قرارات توسع أو تضييق أو تختلف المعانى الحرفية للقانون بحجة تفسير أو صد ثغراته. عصام البرزنجى، رسالة، ص ٤.

هذه السيادة تستوجب اذن عدم تمتع رجال السلطتين التنفيذية والقضائية بأية حرية فى ممارسة اعمالهم[1].

وعلى ذلك فاختصاص الادارة والقضاء كان من قبيل الاختصاص المقيد. ولم تكن السلطة التقديرية بأى مظهر من مظاهرها أو درجة من درجاتها معروفة فى مجال نشاط السلطتين التنفيذية والقضائية.

١١- وتبرير ذلك يرجع الى أن الادارة فى ظل مثل هذا النظام لم تكن بحاجة بالفعل الى قاضى يناقشها شرعية أعمالها، فالمشرع نفسه هو قاضى شرعية الأعمال والقرارات الادارية. فهو الذى يأمر الادارة، وهو الذى يتحقق من تنفيذ الادارة لأوامره ولما يضعه من قوانين. وبناء على ذلك فقد منع القضاة من التصدى لأعمال الادارة[2].

وتجدر الاشارة هنا الى نظام المراجعة الالزامية.

الذى يعنى انه اذا حدث خلاف فى تفسير القانون بين محكمة النقض، التى أسند اليها حماية سيادة القانون، وبن محكمة الموضوع فكان من الواجب على محكمة النقض أن تراجع بشكل الزامى الجمعية الوطنية لتسألها الحل قبل أن تبت نهائياً فى النزاع القائم حول التفسير[3].

وينبغى الاشارة فى هذا المقام الى أن منع المحاكم العادية من النظر فى المنازعات الادارية أو التصدى لقرارات الادارة كان لا يعنى عدم وجود رقابة ادارية. فقد كان قائما نظام الرقابة الادارية الذاتية. فقانون ٧/ ١٤ أكتوبر ١٧٩٠ فى فرنسا مثلا أناط برئيس الجمهورية والوزراء كل فيما يخصه النظر فى المنازعات التى تقوم بين الأفراد والادارة المركزية والتى تنشأ بسبب نشاط الادارة. وكانت هذه الرقابة تمارس عن طريق توجيه التماسات أو تظلمات الى نفس الموظف الذى أجرى التصرف أو أصدر القرار أو الى رئيسه الأعلى، وهذا هو نظام الادارة القاضية[4].

---

(١) عصام البرزنجى. رسالة. ص ٥.

(٢) وذلك بالقانون رقم ١٦/ ١٤ أغسطس ١٩٧٠ - المادة ١٣ من القسم الثانى.

(٣) البرزنجى - الرسالة - ص ٥ - هامش (١).

(٤) البرزنجى - الرسالة - ص ٦ - هامش (١).

ومع ذلك فقد لوحظ فى صدر هذه الحقبة أن فكر رجال الثورة الفرنسية قد اصطدم بسرعة مع الحاجات الضرورية للحياة السياسية، ذلك أن أكثر القوانين غير ممكنة التطبيق بذاتها، وتأكد للجميع ضرورة ترك السلطة التنفيذية لاكمالها. وترك السلطة القضائية لتفسيرها.

ومن جهة أخرى وجدت الادارة أنه من الضرورى أن تحصل على نوع من الاستقلال فى مواجهة القانون، وأن تطالب باصدار قرارات تقديرية، وخوفا من ترك الادارة متحررة من كل رقابة. اتجه التفكير الى ايجاد جهة قضاء خاص بالادارة[1].

١٢- وفى السنة الثامنة وفى ظل حكم نابليون بونابرت أنشىء مجلس الدولة الفرنسى، وكان مختلطا بالادارة العاملة، اذ كانت وظيفة مجلس الدولة تقتصر على فحص الخصومات الادارية التى كان يختص الوزراء ومدراء الأقاليم بها، وينتهى مجلس الدولة من ذلك الى اعداد مشروعات الأحكام تمهيدا للتصديق عليها من جانب رئيس الدولة. وكان رأى مجلس الدولة رأيا استشاريا، وسمى هذا النظام بنظام القضاء المحجوز.

وفى ٢٤ مايو ١٨٧٢ صدر قانون ينص على مبدأ اختصاص مجلس الدولة المفوض، وبذلك أصبحت أحكام مجلس الدولة نهائية ولم تعد خاضعة لتصديق رئيس الدولة عليها[2].

واذا كانت رقابة مجلس الدولة الفرنسى على أعمال الادارة قد بدأت كما ذكرنا رقابة محدودة جدا، فان هذا المجلس أخذ يوسع باستمرار من رقابته على الادارة. وقد حاول مجلس الدولة باستمرار أن يصل الى ايجاد توازن دقيق بين ما ينبغى للصالح العام وللنظام العام من رعاية وحماية تحت الظروف المختلفة، وما ينبغى للحريات والحقوق الفردية من حماية وتدعيم[3].

---

(١) عصام البرزنجى. رسالة. ص ٧.

(٢) عصام البرزنجى. رسالة. ص ٧ - هامش (١). المراجع المشار اليها.

(٣) راجع بالتفصيل رسالة الأستاذ :

Loodvici: l'evolution de la notion de pouvoir discrétionnaire - Thése, Lille, 1937.

- مشار اليه فى عصام البرزنجى ص ٨ هامش (١).

وفى هذه الفترة تقرر أن هناك من الأعمال التى تباشرها السلطة التنفيذية تنفيذا للقوانين المخولة بتطبيقها ما هو من الأعمال التى تباشرها بما لها من سيادة. أى أعمال السيادة. أو أعمال الحكومة التى لا يمكن أن تكون محلا لبحث قضائى. ولا يمكن أن تسأل عنها الدولة مهما كانت النتائج المترتبة على هذه الأعمال.

وعلى ذلك استبعدت الأعمال التى تصدر من الادارة بما لها من سلطة عامة، ولارتباطها بمصالح عامة كبيرة الأهمية، من رقابة القضاء.

وعلى ذلك تم التمييز بين القرارات الادارية التى تقبل البحث القضائى أمام مجلس الدولة، وتلك التى لا تقبل هذا البحث لأنها لم تؤدى الى المساس بالحقوق المكتسبة.

وتم افراد طائفة من القرارات الادارية التى تستقل الادارة بتقدير أهميتها بميزة خاصة هى العصمة من كل رقابة قضائية، لأن طبيعتها تأبى هذه الرقابة، حتى ولو أدت الى المساس بالحقوق الشخصية المكتسبة هذه القرارات سميت بقرارات الادارة البحتة[1]:
Ses actes de pure administration

ازاء قرارات الادارة البحتة ابتدع مجلس الدولة قضاء الشعرية أو قضاء الألغاء لتجاوز السلطة، ثم أخذ يقبل طعون الأفراد فى هذه القرارات لعدم الاختصاص، وعيب الشكل، وكان يشترط لذلك توفر حق مكتسب مصار لصاحب الطلب.

ثم أخذ مجلس الدولة يقبل هذين الطعنين بالنسبة لجميع القرارات الإدارية لمجرد توافر المصلحة الشخصية المباشرة لصاحب الطلب.

١٣- وبذلك تطور مفهوم الإدارة البحتة إلى مفهوم القرارات التقديرية،

---

(١) راجع:

Lopez Rodo: le pouvoir diserétionnaire de l'administration; Evolution doctrinale et jurispudentielle. Revue de droit public. 1953. p. 73.

مشار اليه فى الرسالة السابقة. ص ١٣.

وهى القرارات التى لا تقبل الطعن الا لعيب عدم الاختصاص وعيب الشكل، أما بقية العيوب الاخرى أى أوجه الالغاء التى ابتدعها مجلس الدولة فلم تكن تقبل الا بالنسبة لغير القرارات التقديرية وكان يشترط لقبولها توافر حق شخصى لصاحب الطلب. لا مجرد المصلحة الشخصية. وتطوربعد ذلك مفهوم دعوى الالغاء وأصبحت تقبل بالنسبة لجميع القرارات الادارية بدون استثناء على أساس من توافر المصلحة لاشخصية المباشرة. وارتبط بذلك التطور القضائى تطور آخر لفكرة القرارات التقديرية، وأصبحت فكرة التقدير الادارى توصف بأنها سلطة التصرف الحر تثبت للادارة جزئيا بالنسبة لعنصر أو لآخر من عناصر التصرف الادارى.

وكان هدف مجلس الدولة من كل هذا التصور هو التوصل الى ارساء مبدأ الشرعية بكل مظاهره فى القرارات الادارية.

وبالنسبة للسلطة التقديرية – للادارة –[1]. فلا يمكن اعمالها الاب النسبة لبعض العناصر المكونة للقرار الادارى. ولا يمكن بحال أن تتسع لتشمل جميع عناصر القرار.

وعلى ذلك فقد ظهرت فكرة التمييز بين الاختصاص المقيد:

la compétence liée والسلطة التقديرية : le pouvoir diserétionnaire فى القرار الادارى.

وفى الواقع فان هاتين الفكرتين غير متعارضتين كلية، بل انهما فى معنى من المعانى متكاملتان:

فاسلطة التقديرية لا تمارس أبدا على هامش القانون، انها حرية تمارس فى اطار القانون وداخل حدوده، والنشاط الادارى هو دائما مسير بقواعد

(١) نحن نحاول فى هذا المبحث تتبع فكرة السلطة التقديرية لدى الادارة، حيث أن هذه السلطة تبرز بوضوح كاف فى هذا النطاق. وذلك بهدف التوصل الى تحديد ماهيتها، ومن ذلك نتابع البحث فى كافة فروع القانون لاظهار الفروق القائمة فى معنى السلطة التقديرية بوجه عام. ومن ذلك نصل الى وضع معيار منضبط بقدر الامكان لهذه السلطة – ثم نستخدم هذه النتائج فى دراستنا المكرسة لدراسة التقدير الموضوعى والتقدير الشخصى فى العمل القضائى.

قانونية، والسلطة التقديرية أو المقيدة ليست الا وسيلة لتحقيق تنفيذ القانون على الوجه الأكمل وبموجب الظروف(١).

١٤- وبناء على كل ما تقدم فان فكرة التقدير الادارى مرت بمراحل متعددة ومتدرجة من السعة الى الضيق. وأن مدى هذا التقدير لم يكن فقط فى مصدره تشريعيا بقدر ما كان قضائيا.

فالأعمال التى كانت تعترف الادارة لنفسها بحرية التقدير الكامل فى اجرائها دون أن تخضع بشأنها الى رقابة القضاء لم تكن نتيجة لنصوص تشريعية محددة.

كما أن اعتراف القضاء لنفسه بعدم اختصاصه فى مناقشة مشروعيتها حينا، ثم الاعتراف لنفسه بذلك فى مرحلة تالية، لم يكن هو الآخر نتيجة نصوص تشريعية تسلبه هذا الاختصاص حينا، ثم تطلق الاختصاص بشأنها حينا آخر، بل كان ذلك نتيجة نظريات فقهية وقضائية تأثرت بالمفاهيم السائدة عن فكرة الدولة وارادتها.

وبناء على كل ما تقدم فقد قام جانب من الفقه الفرنسى(٢)، بالقول بأن قرارات الادارة التقديرية هى القرارات التى تتخذها السلطات المختصة بموجب الأشكال المنصوص عليها فى القوانين واللوائح، وأن تكون هذه السلطات قد اتخذتها وهى تمارس حرية فى التقدير بالنسبة لأسبابها واثارها وغاياتها.

وعلى ذلك فان هذه القرارات لن تختلف عن أعمال الحكومة الا بالرقابة التى يمكن أن تمارس عليها فيما يتعلق بالاختصاص وعيب الشكل(٣).

---

(١) - Lopez Rodo: op. cit. p. 573.
مشار اليه فى الرسالة السابقة. ص ١٣. هامش (١).

(٢) - Lino Do Qual: La compétence liée. Paris 1964.

(٣) عصام البرزنجى. الرسالة. ص ٣٨. ومحمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية - رسالة - عين شمس - ص ٤٧ وما بعدها.

ومع ذلك فقد بدأت أزمة القرارات التقليرية منذ أن بدأ مجلس الدولة الفرنسى فى فرض رقابته على الانحراف بالسلطة، وقد أصبح المجال مفتوحا بذلك الى التنازل شيئا فشيذا عن هذه النظرية ونبذها نهائيا.

وقد تحقق ذلك عندما أصبح التحليل القانونى السليم يؤدى الى الاعتراف بأن كل تصرف ادارى يمكن أن يتضمن فى بعض عناصره المكونة. لا فى كلها. سلطة تقديرية للادارة.

وقد بدأ كبار فقهاء القانون الادارى الفرنسي يعترفون. مستمدين هذا الاعتراف من تطور القانون الادارى لديهم، بأن فى كل قرار ادارى مصاحبة coexistence بين عناصر التقدير فيه وعناصر أخرى مقيدة بالقانون. وأن دور القاضى هو التمييز بين هذه العناصر ليرى مدى انطباق أو اتفاق عناصره المقيدة مع النصوص القانونية التى قيدته. وبالتالى لم يعد هناك قرار تقديرى ينجو من الرقابة القضائية بمجرد أن تكون الادارة قد راعت عناصر شرعيته الشكلية فقط.

وفى كلمة واحدة انتهى الفقه الادارى الفرنسى الى القول بأنه ليست هناك قرارات ادارية تقديرية. وانما توجد فقط سلطة تقديرية للادارة. ان هذه السلطة يمكن أن توجد فى كل تصرف ادارى وهى فى جوهرها لا تعدو أن تكون سلطة تقدير ملاءمة الاجراءات الادارية.

ان هذه السلطة تكون تقديرية للادارة لأن القاضى الادارى ليس قاضى ملاءمة[1].

هذا هو التطور التاريخى الذى صاحب فكرة سلطة الادارة التقديرية، وقد رأينا هذه السلطة التقديرية بوضوح تحت منظور توسيع أو تضييق اخضاع هذه السلطة لرقابة الشرعية والانحراف بالسلطة، بعد أن كان يراقب عيب الشكل والاختصاص فقط بالنسبة لهذه القرارات.

---

(١) عصام البرزنجى. الرسالة. ص ٥٧، محمد مصطفى حسن – السلطة التقديرية – رسالة – عين شمس ١٩٧٤، ص ٤٧.

ومع ذلك، فنحن ما زلنا بعيدين كل البعد عن معرفة جوهر هذه السلطة التقديرية وهذا ما نراه فى المطلب التالى.

المطلب الثانى

فى معنى السلطة التقديرية للادارة

وتمييزها عما قد يختلط بها

١٥ - لتحديد معنى السلطة التقديرية للادارة يجب الاشارة الى أن الاختصاص - فى المجال الادارى - هو مجموع ما خولت الادارة القيام به من الأعمال، أما السلطة فتعنى مباشرة الاختصاصات أى أن السلطة هى ترجمة للاختصاص، والسلطة بدورها تترجم الى عمل أى تنفيذ للاختصاص. ومن هنا ليس صحيحا التحدث عن الاختصاص التقديرى، ذلك أن الاختصاص هو الحد الخارجى للسلطة، بينما تشير السلطة الى مادة العمل الادارى. وبناء على ذلك فانه يتعين استعمال لفظ سلطة مقيدة، وسلطة تقديرية[١]. ولا نتكلم عن اختصاص مقيد واختصاص تقديرى.

والسلطة سواء كانت تقديرية أو مقيدة ليست الا وسيلة لتحقيق حكم القانون. وتكون الادارة بصدد سلطة تقديرية حينما يترك لها لاقانون مجالا حرا للتقدير. وسنرى أن تعريف السلطة التقديرية لا يكون كاملا الا بتحليل عناصر القرار الداخلية وهى السبب والمحل، والكشف عن موطن التقدير وحدوده الداخلية والخارجية[٢].

ويلاحظ فى هذا المجال أن السلطة التقديرية بمعناها المقدم لا تمارس فى مجال القانون، بل فى وسال تطبيقه، فكل قرار ادارى يخضع لرقابة القضاء، سواء فيما يخص الشرعية الخارجية أو الشرعية الداخلية للقرار[٣]. وكذلك فيما هو خاص بمادة السلطة.

---

(١) محمد مصطفى حسن - السلطة التقديرية - رسالة عين شمس ١٩٧٤ ص ٤٧.

(٢) - Ei´senmann: cours de droit administratif 1949, p. 331.

(٣) محمد حسن - المرجع السابق - ص ٥٣.

بعد هذه المقدمات يهمنا البحث عن تعريف مضمون السلطة التقديرية للادارة، وفى دراستنا لهذا التعريف سوف نشير الى اثنين من أبرز التعريفات التى أعطيت للسلطة التقديرية، ثم نشير الى التعريف الذى نراه أقرب الى المنطق لهذه السلطة.

١٦- أولا: نظرية العميد بونار:

موجز هذه النظرية يتلخص فى أنه توجد سلطة تقديرية للادارة فى حالة ما اذا كانت القوانين أو اللوائح قد نصت على اختصاص الادارة بمناسبة علاقة قانونية لها مع الأفراد، وتركت لها سلطة التقدير الحر لملاءمة اقدامها على التصرف أو عدم اقدامها عليه. وفى حالة اقدامها على التصرف تركت لها تقدير مضمون قرارها المتخذ.

وحين يكون للادارة هذه السلطة من التقدير الحر لملاءمة نشاطها، فانها لن تكون خاضعة لأى التزام قانونى، وعلى ذلك فلا يمكن أن نتصور وهى تمارس سلطتها التقديرية هذه أن ترتكب حالة من حالات عدم الشرعية.

وبناء على ذلك فليس هناك فى مواجهة سلطتها هذه أى محل للادعاء بالحق الشخصى للأفراد.

ومع ذلك فقد لاحظ فقه هذا التعريف أنه من النادر أن نرى القوانين واللوائح وهى تحدد بعبارات صريحة التزامات الادارة القانونية، وفى غياب مثل هذه العبارات الصريحة يصبح من الضرورى أن نستخلص معيارا عاما نقيس اليه مختلف الاختصاصات الادارية، لمعرفة نطاق السلطة التقديرية وتمييزها بوضوح عن الاختصاص المقيد[١].

ولحل هذه المشكلة ذهب أنصار هذا الرأى الى القول بأن وجود ومضمون أى تصرف قانونى انما يخضعان ويتحددان، بشكل جوهرى، بأسباب هذا التصرف، هذه الأسباب هى التى تشكل الأساس الذى يقوم عليه أن تصرف قانونى.

---

(١) - Bonnard: précis. de droit administratif. 1943. p. 76.

مشار اليه فى رسالة البرزنجى – ص ٧٤.

ويقصد بالأسباب هنا تلك الحالات الواقعية أو القانونية السابقة، والتى تقع فتؤدى الى نشاط معين.

١٧- وعلى ذلك فاذا ما توافرت أسباب معينة فان هذه الأسباب ستدفع لاتخاذ تصرف معين دون غيره، فاذا ما حدث وحدد القانون لنشاط معين توافر أسباب بعينها مقدماً، فان هذا النشاط سيكون محددا ضمنا. وبعبارة أخرى فانه سيفهم من ذلك بأن القانون قد حدد مقدما النشاط الذى يتعين على الادارة أن تجرية ووقت وكيفية ممارسته.

والخلاصة من ذلك أنه فى الأحوال التى تنص فيها القوانين واللوائح على اختصاص الادارة، دون أن تعين أسبابه، فاننا سوف نكون فى مواجهة السلطة التقديرية للادارة. وبعبارة أخرى سوف نكون فى مواجهة سلطة التصرف الحر لاتخاذ القرار الملائم.

ومع ذلك تظل المكلة قائمة، فى تحديد معنى السلطة التقديرية، لأن القوانين واللوائح عندما تحدد أسباب القرار الادارى لا تسلك دائما مسلك الوضوح أو التحديد، فقد تشوبها فى كثير من الأحيان شوائب الابهام والغموض.

ولحل هذه المشكلة الجديدة ذهب هذا الفقه الى القول بأن أسباب القرار الادارى تكون كافية لتقييد سلطة الادارة اذا تمثلت فى وقائع بشكل يمكن معه الادعاء بوجودها بمجرد اثبات الوجود المادى لهذه الأسباب.

وعلى العكس من ذلك فليس هناك أى عنصر كاف لتقييد الادارة اذا كان وجود الوقائع المذكورة كأسباب، لا يمكن التثبت منه الا بعد نوع من التقدير الحر لصفتها ولقيمتها[١].

ويترتب على هذا المعيار أن القاضى لا يستطيع أن يمارس رقابته الا اذا

(١) - Bonnard: le pouvoir discrétionnaire dess autorités a dministra- tives et le recour, pour excés de pouvoir. Revue de droit pub- lic. 1923. p. 366.

مشار اليه فى رسالة البرزنجى، ص ٧٧.

كانت هناك أسباب منصوص عليها فى القانون بشكل واضح ومحدد، ذلك لأن القاضى الادارى ليس قاضيا للملاءمة وانما هو قاضيا للشرعية. ولأن السلطة التقديرية المتمثلة فى التقدير الحر لملاءمة نشاط الادارة مستبعدة عن الرقابة القضائية بوجه عام.

١٨- الانتقادات التى وجهت الى هذه النظرية :

وجه الى هذه النظرية أول انتقاد، ومفاده اتصافها بنزعة التعميم وتجاهلها للدور الانشائى لمجلس الدولة بالنسبة لقواعد القانون الادارى.

وأخذ على هذه النظرية أيضا أنها لم تلتفت الا الى اللوائح والقوانين بالنسبة لوضع القيود على سلطة الادارة التقديرية، وتجاهلت هذه النظرية دور مجلس الدولة فى هذا الصدد، اذ الملاحظ أن القاضى الادارى تولى فى العديد من الحالات تقييد سلطة الادارة التقديرية دون أن يكون هناك نص فى القوانين أو اللوائح يتعلق بتحديد أسباب التصرف الادارى.

ومن جهة أخرى فان النقد الحاسم الذى وجه الى هذا النظر يتلخص فى الآتى:

درجة التحدد التى يكون عليها النص فيما يتعلق بالأسباب للتوصل عن طريقها الى اثبات وجود السلطة التقديرية أو عدم وجودها، تبدو هى الأخرى فكرة غير ناجحة.

فطبقا لما ذهب اليه أنصار هذا الاتجاه فان الادارة لا تستطيع أن تفقد التمتع الكامل لسلطتها التقديرية الا اذا كانت الأسباب منصوصا عليها بشكل يمكن معه الاكتفاء باثبات وجودها المادى، وذلك تبريرا للقرار المتخذ على أساس منها.

أما اذا لم يكن بالامكان اثبات وجودها الا بعد نوع من التقدير من قبل الادارة لكى تبرر قرارها الذى اتخذ على أساس منها، فان سلطة الادارة عندئذ لن تكون مقيدة بشكل كاف، ومن ثم تكون متمتعة بنوع من السلطة التقديرية.

وأخذ على ذلك أن النصوص أيا كان مكانها لا تكون واضحة وصريحة دائما وبشكل مطرد فيما يخص أسباب القرارات الادارية.

ومن جهة أخرى، فان هذه الوقائع المشار اليها فى القوانين واللوائح المختلفة كأسباب معينة تقيم عليها الادارة فى حالة تحققها قرارات معينة. لا يمكن اثبات وجودها أو تحققها الا بعد نوع من التكييف القانونى لها من قبل الادارة.

ومنطق النظرية محل البحث يخرج هذه الوقائع عن رقابة القاضى، غير أن الحقيقة الواقعة فيما يتعلق برقابة القاضى الادارى على الوقائع تكون على عكس ذلك تماما. ذلك أن مجلس الدولة لم يقف فى رقابته على الوقائع عند التحقق من وجودها المادى، بل تعدى ذلك الى تكييفها القانونى[1].

وفى أحوال أخرى قام مجلس الدولة بفرض رقابته على تقدير قيمة هذه الوقائع وخطورتها وتناسبها من الاجراء المتخذ.

وهناك حالات أخرى قام فيها مجلس الدولة بالغاء قرارات ادارية لم تكن القوانين واللوائح قد ذكرت بالنسبة لها أية أسباب معينة سواء صريحة وواضحة، أو غامضة تحتاج الى تقدير.

١٩- ثانيا: نظرية الأستاذ مارسيل فالين:

تبدأ هذه النظرية بوضع تعريف للسلطة التقديرية للادارة على أساس أنها الحرية التى يتمتع بها رجل الادارة فى تقدير ملاءمة اتخاذ القرار

---

(١) - Eisenman: Cours de driot administratif. 1949.
- Venezia: le pouvoir discrétionnaire thése. paris 1959.
- Dubisson: la distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie de recours pour excés de pouvoir, thése, Paris, 1958.
- Chatelain. De la compétence discrétionnaire du gouvernement. Thése paris 1948.
- مراجع خاصة مشار اليها فى رسالة الدكتور عصام البرزنجى. ص ٨١ هامش ١ .٢.

الادارى. والقـرار الادارى فى تسلسله الذهنى لدى رجل الادارة يمر بعـدة مراحل:

١- ادراك رجحل الادارة لدوره وتقييم اختصاصه بالنسبة للمسألة التى يريد التعرض لها.

٢- ادراك وتقييم حقيقة الوقائع التى كونت لديه الحافز للتدخل.

٣- تقدير ما تتطلبه هذه الوقائع.

وبالنسبـة لادراك رجل الادارة لدوره وتقيـيم اختـصـاصـه، فوفقـا لهـذه النظرية لا توجد أية سلطة تقديرية يمكن الاعتراف بها له. ذلك أنه لا يملك أن يقيم دوره ويقدر أبعاد هذه الدور الا من خلال ما رسمه له المشرع.

وكل تقـدير لهذا الدور يقع على خلاف مـا رسـمـه المشرع، يكون غـير صحيح، لذلك كان هذا التقييم يقع بكامله تحت رقابة القاضى.

أما بالنسبة لتقييم حقيقة الوقائع التى تكون عنده الحـافز للتصرف، فان سلطة رجل الادارة تكون فى هذا الشأن من قبـيل السلطة المقيـدة عمومـا لا السلطة التقديرية. هذه المرحلة بدورها تمر بالأدوار التاليةك

أ - التثبت من وجود وقائع معينة. هذه العملية لا يمكن أن تكون تقديرية. وتخضع بدورها لرقابة القاضى[1].

ب- التكييف القانونى للوقائع.

ان الوقائع التى يمكن أن يحتج بها رجل الادارة لاصدار قراره لا يمكن أن تبرر هذا القرار الا بعد تكييفها قانونا، فمثلا توقيع العقوبة التأديبية على الموظف لابد من التساول أولا فيما اذا كانت هـذه الوقائع المنسـوبة اليه، فى

---

(١) عصام البرزنجى - المرجع السابق، ص ٩١. د/ محمد مصطفى حسن - المرجع السابق - ص ٥٧.

- أحمد كمال موسى - نظرية الاثبات فى القانون الادارى - رسالة ١٩٧٧ ص ٩٠.

- Waline: le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limi-. tation parie contrôle juridictionnel, R. D. P. 1930, p. 170.

- مشار اليه فى البرزنجى. ص ٩١ هامش ١، ٢، ٣.

حالة ثبوت وقوعها، تشكل خطأ بالمعنى القانونى أم لا. هذه العملية كذلك لا تتضمن أية سلطة تقديرية لرجل الادارة.

جـ- تقدير درجة الخطورة التى نشأت من هذه الوقائع أو التى توشك أن تنشأ.

وهذا التقدير يعتبر أكثر دقة من التقديرات السابقة، ذلك لأنه يعطى مجالا أكبر لتقدير رجل الادارة المختص لأنه يتضمن تقييما للحوادث المستقبلة والمحتملة والتى يكون رجل الادارة أصلح من يستطيع تقديرها.

والقاعدة لدى هذه النظرية اذن هى: ان رجل الادارة ليس له أن يقيم تقديريا الوجدو المادى للوقائع، ولا أن يقيم تقديريا الوصف الاقنونى لها، ولكنه يستطيع عموما أن يقيم تقديريا الاحتمالات المستقبلة كما هو الحال فيما يتعلق بمنح رخص الطريق.

وأخيرا وبالنسبة لتقدير ما تتدلبه هذه الوقائع من قرارات فان رجل الادارة يملك سلطة تقديرية حقيقية فيما يتعلق بتقدير الاجراء المتناسب مع الوقائع التى سبق تقييمها على الشكل السابق.

ومع ذلك فانه يرد على هذا المبدأ عدة قيود ترجع اما الى حالة الضرورة، أو الى نص القانون، أو غير ذلك[1].

٢٠- الانتقادات التى وجهت الى هذه النظرية:

أخذ على هذه النظرية أنها تعترف بسلطة واسعة للقاضى فى رقابة القرار الادارى بجميع عناصره، وذلك فى الأحوال التى يتعرض فيها هذا القرار للحريات العامة، وذلك لأن موضوع الحريات العامة يكون مسألة قانونية.

ومع هذا فتلك النظريةج لا تفسر لماذا رفض مجلس الدولة اعمال رقابته على التكييف القانونى للوقائع الخاصة بحرية أخرى من الحريات العامة كالمساواة فى التوظف مثلا.

(١) راجع بالتفصيل والأمثلة – رسالة الدكتور البرزنجى – ص ٩٦، ٩٧.

ومن جهة أخرى فان هذه النظرية لا تنظر لاى السلطة التقديرية الا على أنها. دائما سلطة تقدير الملاءمة، مع أن هذه السلطة التقديرية يمكن أن تكون كذلك فى سلطة التقدير الحر للشرعية نفسها، وذلك عندما يرفض القاضى اعمال رقابته على التكييف القانونى للوقائع.

٢١- ثالثا: نظرية الأستاذ آيزنمان - النظرية المعتمدة:

تبدأ هذه النظرية من اعتناق فكرة التدرج فى تعريف السلطة التقديرية. فالمعنى اللغوى لكلمة التقدير انما هو امكانية التقدير الحر بمعنى الكلمة، أو التصرف طبقا لارادة صاحب التصرف، وطبقا لرغبته الذاتية. وفى المجال القانونى، فان حرية التقدير تعنى القدرة على الاختيار بين عدة قرارات، وهذا يعنى بدوره تعدد القرارات المتاحة.

وبناء على ذلك فان التقدير يعنى التقييد الذاتى أو الاستقلال لمن يملك اصدار القرارات دون التقيد بارادة أخرى.

ومصدر السلطة التقديرية وفقا لهذا الرأى هو بلا شك مصدر قانونى. وأن صفة التقديرية فى سلطة من السلطات أو فى قرار من القرارات تتأتى من حالة قانونية معينة، أو بعبارة أخرى من حالة معينة للتنظيم القانونى. بمعنى أنه يجب أن نتصور دائما فكرة السلطة التقديرية مرتبطة مع التنظيم القانونى، دون أن نميز أو نفصل بينهما.

والمقصود بالتنظيم القانونى وفقا لهذه النظرية هو كل القواعد القانونية التى تحكم نشاط السلطة الادارية، وليس القواعد التشريعية فقط. والادارة لا يمكن أن تتمتع بسلطة تقديرية، الا اذا كانت القواعد التشريعية والقواعد القضائية مجتمعة لم تقيد من حريتها فى التصرف. وذلك لأن القاضى الادارى قد يضيف من عنده عناصر مكملة لهذه النصوص، أو يقيد من هذه الحرية بقواعد جديدة، أو يتركها كما هى.

فسلطة القاضى بذلك تتخلل بين سلطتى المشرع والادارة. وعلى ذلك فمن الخطأ الاعتقاد بأنالادارة تتمتع بكامل السلطة التقديرية التى يتركها التشريع.

وفى كلمة كلمة واحدة فان السلطة التقديرية للادارة انما تكمن فى تخلف التحديد فى النظام القانونى المكون من القواعد التشريعية والقواعد القضائية[1].

المطلب الثالث

أساس السلطة التقديرية لادارة

٢٢- المقصود بالبحث فى أساس السلطة التقديرية للادارة، انما هو معرفة أصل قيامها أو تبريزها. بمعنى أننا نريد أن نعرف لماذا يعترف للادارة بسلطة تقديرية فى الدولة القانونية، هذه الدولة التى يفترض فيها أن تكون جميع الهيئات فيها خاضعة للقانون.

وقد تعددت الاتجاهات فى البحث عن أساس مقبول للسلطة التقديرية للادارة، وانقسم الرأى الى اتجاهين، الأول يمكن تسميته بالنظرية السلبية، والثانى يمكن تسميته بالنظرية الايجابية، وذلك بهدف تحديد أساس السلطة التقديرية.

١- الاتجاه الأول:

جوهر هذا الاتجاه يتركز فى بحث المحال الذى تتركه القيود والقواعد القانونية الحرية الادارة، وعلى أساسه تبنى السلطة التقديرية ويعتبر أساسا لها.

وعمدة هذه النظرية هو الفقيه «كلسن»، وهى مستمدة من فكرة تدرج القواعد القانونية، وفيها تبدو السلطة التقديرية كعنصر منطقى وضرورى فى نظام التدرج.

فالقواعد القانونية تتولد تنازليا، وتحكم الأعلى منها القاعدة الأدنى، وتتخذ كل قاعدة مظهرا مزدوجا. فهى منفذة لما قبلها ومنشئة وحاكمة لما

(١) Eisenman: Cours de droit administratif, 1949.
مشار اليه فى البرزنجى - ص ١٠٩ الى ١١٤.

بعدها. وهذا الانشاء يبدو كضرورة فالقاعدة الأعلى هى قاعدة مجردة، لا يمكن تحديد كل العناصر المادية التى تدخل فى مجال تنفيذها تحديدا كاملا. ومن هنا يظهر دور الادارة في نمو القانون

وأخذ على هذه النظرية أنه اذا اشتملت السلطة التقديرية على تطبيق القانون وانشائه، فان القاضى سوف يمارس رقابته على جميع أعمال الادارة.

كما أن طبيعة السلطة التقديرية تختلف تماما عن طبيعة القاعدة القانونية.

وأخيرا فالقضاء وحده هو المسلم له بهذا الاختصاص، سواء عن طريق التفسير أوتقييد القاعدة المجردة.

وأيضا فان تدرج القواعد لا يخدم البحث فى أساس السلطة التقديرية. قدر ما يخدم تبرير قيام هذه السلطة[1].

٢٣- ومن جهة أخرى يبحث البعض فى أساس السلطة التقديريرية للادارة من منطلق فكرة الحقوق الشخصية. ويرون أن الحقوق الشخصية قد تكون حقوق عامة، وقد تكون حقوق خاصة، ويرون أن طائفتى الحقوق الشخصية العامة والخاصة تكونان متشابهتان فى الطبيعة. والحقوق الشخصية تتولد مباشرة من المراكز المنصوص عليها بالقوانين واللوائح، وعلى أساس من افتراض النص على هذه الحقوق والمراكز. ويمكن تصور قيام السلطة التقديرية فى حالة غياب الحقوق الشخصية.

ومن جهة أخرى يرى البعض أن السلطة التقديرية لا تختفى فقط أمام

---

(١) محمد مصطفى حسن - الرسالة - ص ٦٣ وما بعدها/ عصام البرزنجى - الرسالة - ص٢٠٥.

- توفيق شحاته - مبادئ القانون الادارى - ١٩٥٤ ص ٦٦٩.

- السيد صبرى - القانون الدتورى - ص ٥٠٢.

الحقوق الشخصية، بل أنها تنسحب أمام كل قاعدة قانونية موضوعية تستهدف مصلحة عامة.

وانتقدت هذه الأفكار، على أساس أن فكرة الحقوق الشخصية تعنى تحديد مجال السلطة التقديرية لا أساس وجودها. وفضلا عن ذلك فان الادارة تتمتع بالسلطة التقديرية فى بعض الحالات التى تواجه فيها بحقوق شخصية[1].

٢٤- وذهب فريق آخر من فقهاء القانونى العام الى اعتناق فكرة المشروع فى النشاط الادارى كأساس لفكرة السلطة التقديرية[2]. وخلاصة هذا النظر هى أن الادارة بمختلف هيئاتها عبارة عن مشروع لا تختلف من حيث جوهر بنائها الادارى عن المشاريع الفردية. وطبيعة المشروع هذه هى التى تفسر ما تتمتع به الادارة من سلطة فى التقدير الحر.

فالمشروع انما هو اساسا عبارة عن نشاط أو مجموعة من نشاطات مركبة يدار فى وقت ووسط معينين من خلال المواجهة والتوقيع، ويتطلب فيمن يوجه هذا النشاط قسطا من حرية المبادهة والاستقلال[3].

وانتقدت هذه النظرية على أساس أنها تطابق تماما بين المشاريع الخاصة والادارة العامة. فالمشروع الخاص لا يستهدف اشباع المصلحة العامة، فى حين أن الادارة لا تستهدف الا اشبع المصلحة العامة.

ومن احية ثانية، فان كال ما يمكن اعتباره من نشاط الادارة، لا يمكن اعتباره على أنه نشاط تقديرى للادارة.

---

(١) سليمان الطماوى – القرارات الادارية – ص ٣٧.

(٢) - M. Haurio: Précis de droit administratif, 1933.

(٣) - A. Hauriou: le pouvoir discrétionnaire et sa justification. Mélanges Carré de Malberg. p. 233.

مشار اليه فى عصام البرزنجى – ص ١٩٩ هامش (١).

– محمد مصطفى حسن – الرسالة لاسابقة – ص ٧٥ وما بعدها.

٢٥- والواقع أننا نذهب مع اتجاه آخر الى القول بأن السلطة التقديرية للادارة لا يمكن أن توجد أو يعترف بها للادارة الا اذا امتنع المشرع من ناحيته، والقاضى من ناحية أخرى عن التدخل فى تقيد النشاط الدارى تقييدا كاملا.

والسلطة التقديرية للادارة لا يمكن أن يعترف بها على أساس من قاعدة مطلقة. فهى لا يمكن أن يعترف بها للادارة الا اذا تخلفت قواعد للتنظيم القانونى عن التحديد.

وهذا لا يعنى أن المشرع والقاضى امتنعا عن التدخل خضوعا لفكرة قانونية معينة، أوحقيقة موضوعية معينة، لتقييد نشاط الادارة بالنسبة لموضوعات أو مجالات معينة باعتبارها مجالات محفوظة أو محجوزة للسلطة التقديرية للادارة.

فكل ما يمكن أن يقال عن السبب فى عدم تدخل المشرع أو القاضى يرجع رلى وجود جملة اعتبارات متشابكة تختلف من حالة الى أخرى دون أن يربط بينها رابط من مبدأ عام سوى الملاءمة بمختلف عناصرهاالمتغيرة والنسبية.

٢٦- والخلاصة فان عدم تدخل المشرع والقاضى لتقييد نشاط الادارة، فى هذا المجال أو ذاك. أو بالنسبة لهذا العنصر أو ذاك من عناصر نشاطها، لا يمكن أن يفسر الا على أنهما وجدا أنتدخلهما لن يكون حاذقا أو نافعا بأكثر مما تقوم به الادارة أو قامت به وهى تمارس حرية التصرف والتقدير بموجب خبراتها الخاصة فى وسط الظروف المتغيرة والمتبدلة والتى تمتنع على التحديد السابق فى كثير من الأحيان(١).

وننتقل الآن الى المطلب الأخرى من هذا المبحث والخاص بدراسة الرقابة القضائية على سلطة الادارة التقديرية.

---

(١) عصام البرزنجى - الرسالة السابقة - ص ٢٠٦.

المطلب الرابع

الرقابة القضائية على سلطة الادارة التقديرية

٢٧- البحث فى السلطة التقديرية أو السلطة المقيدة فى القرار الادارى لا محل له فيما يتعلق بعنصرى الاختصاصوالشكل، وذلك لأن القواعد الخاصة بهذين العنصرين لا تحدد الا عناصر قانونيته الخارجية.

أما عناصر قانونية القرار الداخلية، فهى التى يمكن أن تكون مجالا لسلطة الادارة التقديرية أو اختصاصها المقيد.

والقواعد القانونية هى التى تبين ما ينبغى لرجل الادارة المختص أن يباشره، فهذه القواعد هى التى تبين وتنظم جوهر السلطة الادارية عندما تحدد جوهر السلطة الادارية ببيان متى يستطيع رجل الادارة المختص ممارسة سلطاته ومتى ينبغى عليه ممارستها، وفى ذلك يكمن ما أصطلح على تسميته بأسباب القرار الادارى.

وتبين هذه القواعد أيضا الاجراء الذى يتعين على رجل الادارة المختص اتخاذه، وما هو الاجراء الذى يستطيع اتخاذه، وفى ذلك تظهر مشكلة ما يسمى بعنصر المحل فى القرار الادارى. ونفس الحال بالنسبة لغرض أو غاية هذا القرار.

ووالسلطة الادارية توجد مستقلة عن القرار الادارى. والسلطة الادارية هى التى تكونمقيدة أوتقديرية، أما الاعلان عن السلطة فيتم من خلال القرار. ذلك لأنه لكى يظهر القرار فى الواقع، لابد من تدخل رجل الادرة المختص وفى الشكل الذى يحدده القانون. وقبل اتخاذ القرار فان السلطة - تقديرية أو مقيدة - تكون موجودة ولكنها تكون ساكنة وفيها امكانية التحرك الى العالم الخارجى أو الوجود المادى(١).

---

(١) عصام البرزنجى - الرسالة - ص ٢٢٦.

٢٨ – والسلطة التقديرية للادارة تمارس فى نطاق سبب ومحل القرار الادارى. وسبب لاقرار الادارى هو عبارة عن مجموعة العناصر القانونية أوالواقعية أو هما معا التى تقود الادارة الى التصرف. فالادارةعندما تتخذ قررها فانما تقيمه فى آن واحد على أساس من قاعدة قانونية أو مبدأ من مبادئ القانون العامة، وحالة واقعية معينة، فيكون قرارها نتيجة لهاتين المجموعتين من الأسباب.

والاشكال التى تظهر بها أسباب القرار الادارى قد تتعدد. فالأسباب القانونية للقرار قد تتخذ شكل قاعدة تشريعية، أو قاعدة دستورية، أومبدأ من مبادئ القانون العامة، أو قاعدة لائحية أو قرار ادارى. أو حكم قضائى أوقاعدة عرفية.

أما أسباب القرار الواقعية فمن الممكن تصنيفها على الشكل التالى:

– الأسباب الواقعية قد تكون على شكل عمل معين كطلب الاحالة على التقاعد.

– الأسباب الواقعية قد تتخذ شكل حالة معينة كتهديد النظام العام.

– الأسباب الواقعية قد تتخذ شكل صفة معينة فى شىء من الأشياء أو فرد من الأفراد، مثال ذلك المبانى الآيلة للسقوط، أوتوافر شروط التوظف فى المتقدم لشغل وظيفة عامة.

٢٩ – وبالنسبة للأسباب القانونية للقرار، فان الادارة لا تتمتع ازائها بأية سلطة تقديرية. وفى حالة للنزاع فان القاضى يمارس رقابة كاملة على وجودها وشرعيتها وصحة تفسير الادارة لها، وما اذا كانت قد تدخلت فى مجال تطبيق القانون أم لا[١].

---

(١) - Auby et Drago. Droit administratif p. 350.

أما رقابة مجلس الدولة فيما يتعلق بأسباب القرار الواقعية أو الوقائع فهى تحتاج الى التفصيل التالى[1].

وبالنسبة لصحة قيام الوجود المادى للوقائع فان مجلس الدولة يمارس رقابته دائما فى هذا المجال، وذلك عدا مسائل قليلة يمتنع فيها عن ممارسة هذه الرقابة.

أما فيما يتعلق بالتكييف القانونى للوقائع، فان مجلس الدولة يمارس رقابته بالنسبة للتكييف لاقانونى للوقائع، عدا بعض الحالات التى يترك مجالا لحرية الادارة فيما يتعلق بالتكييف.

أما فيما يخص تقييم وتقدير أهمية الوقائع، فان مجلس الدولة نادرا ما يمارس رقابته فى هذا المجال، بل أكثر من ذلك فانه يذهب الى الاعتراف للادارة بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير أهمية الأسباب وتناسبها مع الاجراء المتخذ.

٣٠- ورقابة الأسباب لاقانونية تتخذ فى العمل صورا شتى.

فبالاضافة الى رقابة الخطأ فى اعمال القانون، توجد أحوال الرقابة على الخطأ فى مجال تطبيق القانون، والرقابة على تخلف الأساس القانونى للقرار.

ففى أحوال اتخاذ القرار خارج مجال القانون، كأن تقوم الادارة باتخاذ القرار بشأن موظفين خارج الفئات المنصوص عليها فى قانون الموظفين، ولكنها تستند فى اصدار هذا القرار على قانون الموظفين. مثل هذا القرار يكون قد اتخذ خارج مجال تطبيق القانون.

وفى أحوال تخلف الأساس القانونى للقرار، فان مجلس الدولة يفرض رقابته أيضا، ومثال ذلك أن يكون السبب القانونى الذى أقيم عليه القرار

(١) - Drago: le defaut de base legale dans le recours pour excés de pouvoir. E. D. C. E. 1960.

- مشار اليهما فى رسالة البرزنجى - ص ٢٤٢ وما بعدها.

المطعون فيه، لا يمكن أن يوجد أو لم يوجد بعد، أو لم يعد موجودا أو أن له أساسا غير قانونى.

وعلى ذلك فاذا افتقر القرار الى أى أساس قانونى يصلح لتبريره، فانه يكون خاضعا لرقابة مجلس الدولة.

واذا كان الأساس الشرعى الذى اختارته الادارة لقرارها المطعون فيه، أساسا غير صحيح فان رقابة مجلس الدولة تكون مبرة فى هذه الحالة.

واذا كان الأساس القانونى للقرار المطعون فيه لم يوجد بعد كان القرار معيبا بتخلف الأساس القانونى له.

وفى جميع هذه الأحوال فان مدار الرقابة القضائية بالنسبة لها هو قيام أو شرعية أو صحة تفسير عمل قانونى سابق، لا عمل من الواقع، رقابة الأساب القانونية هى فى نهاية الأمر مسألة تفسير للقانون. والقاضى فى هذا المجال انما يفرض تفسيره هو للقانون أو لقواعد القانون محل البحث.

٣١ – أما الرقابة التى يمارسها لاقضاء الادارى على الأسباب الواقعية فتتخذ فى العمل أشكالا ثلاث.

أولا- الرقابة علي صحة الوجود المادى للوقائع:

فالقرار الادارى أياكان نوعه يتصل بالضرورة بحالة مادية توجد فى عالم الواقع. وعندما يصدر القرار الادارى فانما يأخذ فى الأعتبار هذه الحالة المادية المعينة.

والقانون بجميع قواعده انما يشكل المصدر الرئيسى لاختصاص الادرارة بالنسبة للتصرف ازاء تلك الحالات المادية.

واذا كانت القاعدة القانونية تتصف بالعموم والتجريد، فان الحالة المادية أو الحالة الفردية انما تشكل تجسيدا وتخصيصا يتيح وضع قاعدة القانون العامة والمجردة موضع التنفيذ فى العالم الخارجى.

فاذا لم توجد هذه الحالة المادية، فان معنى ذلك أن ممون القاعدة

القانونية لا يمكن أن يوضع موضع التنفيذ فى مواجهة حالة موهومة أومزعومة ليس لها قوام من الواقع.

لذلك يتعين على القاضى بالضرورة أن يبحث فيما اذا وجدت حقا تلك الحالة المادية فى الواقع والتى صدر القرار بهدف منواجهتها.

وعلى ذلك فاذا كان صدورالقرار يعنى ظاهرا أن هذه الحالة موجودة بالفعل، ثم يظهر من وجهة النظر الموضوعية البحتة أنها لم توجد، يكون من الواضح أن رجل الادارة الذى أصدر القرار قد أقامهخطأ على حالة أخرى غير تلك التى ينبغى أن يقوم عليها.

مثل هذا الخطأ فى الواقع من الممكن أن يقع فيه أى قرار ادارى، دون أن نميز فى ذلك بين القرار ذى السلطة التقديرية أو القرار الذى يصدر بناء على اختصاص مقيد بالقانون.

والقضاء الادارى فى كل من مصر وفرنسا يعترف لنفسه بسلطة الرقابة على صحة الوجود المادى للوقائع دائما وفى كل الأحوال. والسبب فى ذلك يرجع الى أنه لا يمكن أن تقوم سلطة تقديرية للادارة بالنسبة للتقدير المادى للوقائع، أو تقدير قيامها من عدمه. لذلك يفرض القضاء الادارى رقابته فى هذا المجال على نشاط الادارة ليتأكد من صحة قيام الوقائع المبررة للقرار المتخذ والا كان القرار معيبا فى سببه يستحق معه الحكم بالغائه[1].

٣٢- وتجدر الاشارة هنا الى وجوب التفرقة بين ضرورة تسبيب القرار الادارى كاجراء شكلى قد يتطلبه القانون، وبين وجود قيامه على سبب يبرره صدقا وحقا كركن من أركان انعقاده. فاذا كانت الادارة غير ملزمة بتسبيب قرارها الا اذا أوجب القانون ذلك عليها والا كان قرارها معيبا بعيب شكلى،

---

(١) عصام البرزنجي - المرجع السابق - ص ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٣٢، ٣٤١.

- عبدالفتاح حسن - التسبيب كشرط شكلى فى القرار الادارى - مجلة العلوم الادارية السنة ٨ - العدد ٢ - ١٩٦٦ - ص ٩٠أ.

فانه فى الحالات التى لا يوجب فيها القانون هذا التسبيب فان القرار الادارى يجب أن يقوم على سبب يبرره حقا وصدقا(١).

والخلاصة أن الادارة لا تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير قيام الوقائع من الناحية المادية، وهى تخضع دائما لرقابة القضاء فى هذا الصدد:

٣٢- ثانيا: الرقابة القضائية على التكييف القانونى للوقائع:

ان القوانين وهى تمنح الهيئات الادارية سلطتها المختلفة فى التصرف، لا تعطى غالبا وبصورة عامة الا تحديدا غامضا، أو عاما للوقائع التى تشترطها لكى اتضع هذه الهيئات الادارية سلطاتها القانونية موضع التنفيذ على أساس منها. وعلى ذلك يبدو لأول وهلة. أن القوانين عندما تفعل ذلك انما تمنح الادارة بذلك سلطة التقدير الحر لهذه الوقائع.

ومع ذلك فانه منالمعتاد بالنسبة للمشرع الادارى. أنيعطى فى أغلب الحالات تعريفا أو تحديدا جزئيا للوقائع التى يعنى وجودها أو احتمال وجودها بالنسبة لرجل الادارة الختص، القدرة على التصرف أو الالتزام بالتصرف. ويبقى عى رجل الادارة أن يأخذ على عاتقه معرفة معنى الوقائع موضع البحث، أى تكييف هذه الوقائع تكييفا قانونيا.

واذا كانت القاعدة القانونية تتصف بالعمومية والتجريد، فان عملية التكييف القانونى تعنى اعطاء الواقعة الثابتة لدى رجل الادارة، اسما أوعنوانا يحدد موضعها داخل نطاق القاعدة القانونية التى يراد تطبيقها، أو يدخلها ضمن الطائفة القانونية من المراكز أو الحالات المشار اليها فى قاعدة القانون(٢).

ان العمل الفكرى الذى يشكل أساس عملية التكييف القانونى انما هو

---

(١) حكم المحكمة الادارية العليا ١٢/ ٧/ ١٩٥٨ مجموعة أبو شادى، مبدأ ١٦٧٦، ص ١٥٠.
- مشار اليه فى المرجع السابق، ص ٣٤١ هامش (٣).

(٢) Vedel: Essai sur la notion de cause en droit administratif français Thése. Toulouse. 1934. p. 21.

أكثرتعقيدا، وأكثر عمقا من مجرد اجراء تطابق مادى مجرد. وعلى ذلك فاذا كانت قواعد القانون تتصف بالعمومية والتجريد، لذلك ان لزاما على الذى يجرى عملية التكييف عندما يريد أن يستخلص العنصر القانونى من هذه القاعدة المجردة والعامةم، لكى يقابل بينه وبين الحالة الواقعية، عليه أولا أن يحاول استخلاص قاعدة تطبيقية من نص القاعدة العام والمجرد وذلك لكى يمكن تطبيقها على الحالة محل البحث(1). ويصل رجل الادارة الى ذلك عن طريق تخصيص النص، أى اعطائه معنى محددا وأقل عمومية مما هو عليه.

أوأما بالنسبة للواقعة أو الحالة الفردية أو المادية، فعلى العكس من عمله فى استخلاص العنصر القانونى من القاعدة القانونية، على رجل الادارة أن يحاول تجريدها، بمعنى أن يرفع الواقعة الفردية الى عمومية القانون. وينبغى لذلك أن يستبعد من حسابه كل الظروف التى لا أهمية لها بالنسبة لقاعدة القانونى. وأن يبرز جهد امكانه. صفات لاواقعة المادية من وجهة النظر القانونية.

٣٤- عملية التكييف هذه اعتبرت فترة من الزمن على أنها مسألة وقائع لا مسألة قانون. وعلى ذلك فلم يكن من الجائز اخضاعها، بهذه المثابة، لرقابة قاضى تجاوز السلطة. فهى كانت تعتبر مجرد تفسير للواقعة، وكانت تترك بناء على ذلك للسلطة التقديرية للادارة(2).

أما فى الوقت الحاضر، فان تكييف الوقائع يعتبر بما يقرب من الاجماع على أنه عمل قانونى أو مسألة قانون(3). فعملية التكييف القانونى اذا تعتبر الآن فى فقه القانون الادارى أنها عملية تفسير للقانون بغرض التوصل الى امكانية تطبيقه على الواقعة، وبالتالى أصبحت خاضعة كقاعدة عامة لرقابة القضاء.

---

(1) محمد محمود ابراهيم – التكييف القانونى للدعوى القضائية – ١٩٨٢، ص ٧٠.

(2) عصام البرزنجى – الرسالة – ص ٣٧.

(3) نبيل عمر – الطعن بالنقض – ص ١٦٠ وما بعدها.

وعلى أى حال فان وصف عملية التكييف القانونى بأنها مسألة قانون أوعلى أنها مسألة وقائع لا قيمة له فى الوقت الحاضر. ذلك لأن مجلس الدولة فى كل من فرنسا ومصر أصبح قاضى قانونى وقاضى وقائع فى وقت واحد.

ومع ذلك فهناك حالات استثنائية يقف مجلس الدولة فيها عند مجرد رقابة الوجود المادى للوقائع، تاركا للادارة حرية اجراء عملية التكييف القانونى للوقائع دون أن يفرض رقابته[1].

٢٥- الرقابة القضائية على تقدير أهمية الوقائع، أو رقابة الملائمة :

والمقصود بالملاءمة هنا هو اختيار الاجراء الملائم الذى يتفق ويتناسب مع أهمية الوقائع .ومنالمعروف – بصفة عامة – أن القوانين الادارية، عندما تمنح الادارة اختصاصا معينا أو سلطة معينة، كثيرا ما تتيح للادارة عدة اجراءات معينة تواجه بها حالة واقعية معينة أومجموعة من الحالات.

والقاعدة العامة بالنسبة للرقابة القضائية على أعمال الادارة بمناسبة دعوى الالغاء، هى أن نقف هذه القابة عند حد الرقابة على التكييف القانونى للوقائع، أى أن القاضى ليس له أن يراقب تقدير الادارة لخطورة وأهمية الأسباب. وفيما اذا كانت الوقائع على جانب من الخطورة تكفى لتبرير الاجراء المتخذ بحقها أو فى مواجهتها. ذلك لأن هذا الموقف منه، سوف يخرج به عن مهمته كقاضى الى الموقف الذى يجعل منه سلطة ادارية عاملة.

ففى موضوع التأديب مثلا، للقاضى أن يتحقق أولا من صحة وجود الواقعة أو جملة الوقائع المنسوبة للموظف، ثم له أن يتحقق فيما اذا كانت هذه الواقعة أو الوقائع تشكل خطأ تأديبيا بالمعنى القانونى. فاذا ما تحقق من ذلك وجب عليه أن لا يذهب الى أبعد من ذلك، ليبحث فيما اذا كان هذا الخطأ

(١) راجع هذه الحالات فى رسالة عصام البرزنجى من ص ٣٥٩ الى ٤١٨.

جسيما أو بسيطا، وأن الاجراء التأديبى المتخذ بحق الموظف يتفق مع أهمية الخطأ أو لا يتفق.

والخلاصة أن الفقه الادارى يرى فى ترك سلطة تقديرية للادارة، بالنسبة لتقدير أهمية الوقائع، أن ذلك اعتبار من اعتبارات العدالة والاعتبارات العملية.

ومع ذلك فهناك حالات يفرض فيها القضاء الادارى رقابته على الملاءمة وذلك وفقا لما اذا كانت الملاءمة تشكل عنصرا من عناصر الشرعية أو العكس[1].

٣٦- ونشير أخيرا الى فكرة السلطة التقديرية وعنصر المحل فى القرار الادارى.

محل القرار الادارى هو الأثر الذى ينتج عنه مباشرة وفى الحال، وهو بذلك جوهر القرار ومادته. وهذا هو ما يميز القرار الادارى - كعمل قانون - عن العمل المادى الذى يكون محله دائما متمثلا بنتيجة من الواقع.

ويتمتع رجل الادارة بسلطة تقديرية تتصل بمحل القرار الادارى الذى يختص باصداره، كلما كانت قاعدة القانون قد تركت له حرية الاختيار بين عدة حلول، فيستطيع بذلك أن يحدد بحرية محل القرار الذى منحه القانون حق اصداره.

وعلى العكس من ذلك. يكون رجل الادارة متمتعا باختصاص مقيد فيما يتعلق بمحل القرار الادارى، عندما لا تترك له قواعد القانون امكانية الاختيار بين عدة حلول.

وبعبارة أخرى، فان السلطة التقديرية تبدو متمثلة هنا بقدرة الادارة فى الاختيار بين محلين أو أكثر.

أما الاختصاص أو السلطة المقيدة فتبدو متمثلة بعجز الادارة عن

---

(١) عصام البرزنجى - المرجع السابق - ص ٤٢٣.

الاختيار أو التصرف، لأنها لا تستطيع أن تتخذ الا اجراء معينا هو الذى ينطبق مع النص القانونى الذى أوجبه. واذا لم تلتزم الادارة هذا التطابق كان قرارها مشوبا بعيب مخالفة القانون.

فى حين أن الادارة فى حالة السلطة التقديرية تكون لها حرية الاختيار بين عدة حلول كل منها جائز ومشروع قانونا. وكلما كانت هذه الحرية متسعة تبعا لذلك.

ومن المعروف أن كل القرارات الادارية لها أسبابها القانونية، والواقعية، فالوقائع المتقدمة تودى الى نتائجها التالية لها. فاذا اعتبرنا أن الاختصاص المقيد يعنى أن هناك مضمونا محددا ومعينا هو الذى تلتزم الادارة بتضمينه قرارها، فان هذا يعنى أن رجل الادارة فى مواجهة واقعة معينة لا يمكن له أن يتخذ الا هذا الاجراء.

وبناء على ذلك فما دام السبب محددا فانه سيكون خاضعا للرقابة بحيث لا يمكن للادارة أن تختار أى سبب آخر غيره. وما دام الأثر هو الآخر محدودا فلن يتمتع رجل الادارة باختيار محل آخر غيره بزعم أنه يتناسب بشكل أحسن مع السبب المحدد. والسبب فى ذلك يرجع الى أن المشرع حسم مسألة الملاءمة هذه بتحديده للسبب والمحل فى وقت واحد.

وعلى العكس من ذلك، فان السلطة التقديرية بالنسبة لمحل القرار تتمثل فى تمتع رجل الادارة، اذا ما توافرت ظروف معينة، بحرية كاملة فى الاختيار بين اجرائين أو أكثر، وهذا يعنى تمتعه بحرية اجراء التناسب بين السبب المعتمد ومحل القرار المتخذ.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الرقابة القضائية على استعمال الادارة لسلطتها التقديرية. وننتقل الآن لدراسة فكرة السلطة التقديرية للقاضى فى نطاق القانونى الجنائى.

المبحث الثانى

دراسة فكرة السلطة التقديرية

فى القانون الجنائى

٣٧- عند تناول فكرة السلطة التقديرة التى يتمتع بها القاضى الجنائى، وذلك فى مجال محاولة التعرف بوجه عام على ماهية هذه السلطة، فاننا يجب أن نشير الى النصوص القانونية التى تحكم هذا الموضوع فى نطاق القانون الجنائى.

تنص المادة ٣٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية على أن: «يحكم القاضى فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك لا يجوز له أن يبنى حكمه على أى دليل لم يطرح أمامه فى الجلسة. وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين والشهود تحت طأة الاكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه».

كما تنص المادة ٣٠٧ من ذات القانون على أن: «لا تجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التى وردت بأمر الاحالة أو طلب التكليف بالحضور، كما لا يجوز الحكم على غير المتهم المقامة عليه الدعوى».

وتنص أيضا المادة ٣٠٨ من قانون الاجراءات الجنائية على أن: «للمحكمة أن تغير فى حكمها الوصف القانونى للفعل المسند للمتهم، ولها تعديل التهمة باضافة الظروف المشددة التى تثبت من التحقيق أو من المرافعة فى الجلسة، ولو كانت لم تذكر بأمر الاحالة أو بالتكليف بالحضور.

ولها أيضا اصلا كل خطأ مادى، وتدارك كل سهو فى عبارة الاتهام مما يكون فى أمر الاحالة، أو فى طلب التكليف بالحضور.

وعلى المحكمة أن تنبه التهم الى هذا التغيير،وأن تمنحه أجلا لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد اذا طلب ذلك».

وأخيرا تنص المادة ٣١٠ من قانون الاجراءات الجنائية على أنك «يجب

أن يشتمل الحكم على الأسباب التى بنى عليها وكل حكم بالادانة يجب أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التى وقعت فيها، وأن يشير الى نص القانون الذى حكم بموجبه».

من كل هذه النصوص نستطيع تقسيم هذا المبحث الى المطالب الآتية:

المطلب الأول: المبدأ العام ألذى يسيطر عليه سلطة القاضى الجنائى فى التقدير.

المطلب الثانى: القيود التى ترد على سلطة القاضى الجنائى فى التقدير.

المطلب الثالث: سلطة القاضى الجنائى فى تغيير وصف الفعل واضافة الظروف المشددة.

المطلب الرابع: سلطة القاضى الجنائى فى تقدير العقوبة.

المطلب الخامس: التزام القاضى الجنائى باعمال القانون الواجب اعماله على الوقائع.

والى تفصيل كل ذلك.

المطلب الأول

المبدأ العام الذى يسيطر على سلطة القاضى الجنائى فى التقدير[1]

٣٨- يختلف القاضى الجنائى عن القاضى المدنى فيما يتعلق بالاثبات فى أن الاول يتمتع بحرية كاملة فى تكوين عقيدته على عكس الثانى فهو مفيد فى الاثبات بطرق معينة.

ومعنى ذلك أن القاضى الجنائى يوجه تحقيقه فى الجلسة بالشكل الذى يراه مناسبه وملائمة للوصول الى الحقيقة والكشف عنها دون ان يتقيد فى ذلك باتباع وسائل معينة للكشف عنها.

وقد نص المشرع المصرى على هذا المبدأ فى المادة ٣٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية وقرر أنه يجب على القاضى أن يحكم فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته. وتبرير ذلك يرجع الى أن القضاء بادانة الفرد هو أمر خطير لأنه يؤدى الى مجازاته فى شخصه أو ماله أو فى الاثنين معا فيصيبه من هذا وذاك ضرر بالغ.

وكان من اللازم بناء على ذلك وتحقيقا للعدالة وجوب أن يكون ثبوت اسناد الفعل الى المتهم مؤكدا أى مبنيا على الجزم واليقين، لا على الظن والاحتمال.

ومن هنا جاءت القاعدة التى تقضى بأن الشك يفسر لصالح المتهم[2].

---

(١) مأمون مخد سلامة - قانون الاجراءات الجناذية ١٩٨٠.
- محمود مصطفى - شرح قانون الاجراءات الجنائية ١٩٧٦.
- حسن صادق المرصفاوى - أصول الاجراءات الجنائية ١٩٧٧.
- أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية ١٩٧٠.
- عبد الفتاح الصيفى - القاعدة الجنائية ١٩٦٧.
- أحمد فتحى سرور - أصول السياسة الجنائية ١٩٧٢.

(٢) نقض جنائى ٣/ ٤/ ١٩٧٢ مجموعة النقض س ٢٣ ق ١١٥.
- نقض جنائى ١٧/ ٤/ ١٩٦٢ مجموعة النقض س ١٣ ق ٩٥.
- نقض جنائى ١/ ١٢/ ١٩٦٩ مجموعة النقض س ٢٠ ق ٢٧٢.

وحتى يبنى الحكم على اليقين ينبغى أن يمنح القاضى من السبل، والوسائل ما يمكنه من الوصول الى الحقيقة فى الواقعة المطروحة عليه.

٣٩- وعلى ذلك فللقاضى الجنائى مطلق الحرية فى تقديره لادلة الدعوى. فله أن يأخذ بها وله أن يطرحها، كل ذلك بناء على ما يل اليه من تقدير وليس تحكما منه، وهو غير ملزم بابداء أسباب الأخذ بالدليل أوطرحه[١].

ولا يلزم أن يناقش القاضى كل دليل على حده، بل له أن يكون عقيدته من الأدلة فى مجموعها طالما أنها منتجة فى اثبات اقتناعه. ومؤدى ذلك أنه لا يجوز تقيد القاضى فى الحكم بقرائن أو افتراضات قانونية، ومع ذلك فقد يفترض المشرع بعض عناصر الجريمة وذلك لصعوبة الاثبات وبالتالى يضع قيدا على حرية القاضى فى تكوين عقيدته.

وحرية القاضى الجنائى فى تكوين عقيدته يشترط أن تمارس فى ظل مجموعة من الشروط تهدف الى ضمان حق المتهم فى الدفاع وضمان منع القاضى من التحكم.

هذه الشروط هى :

١- يجب أن يتولد اقتناع القاضى من أدلة طرحت بالجلسة، وبالتالى لا يجوز للقاضى أن يستند فى حكمه الى دليل ليس له أصل فى الأوراق ولم يحققه بالتالى فى الجلسة. ويقع بذلك الحكم باطلا اذا استند على شهادة شاهد لم تدون فى الأوراق.

ومن جهة أخرى لا يكفى أن يكون ثابتا بالأوراق واقعة حصول الدليل، بل يلزم أن يكون ما استمده القاضى من هذا الدليل قائما فعلا فى الأوراق،

---

(١) نقض جنائى ١٥/ ١/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ١٠.
- نقض جنائى ٢٠/ ٥/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ١١١.
- نقض جنائى ٥/ ٢/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ٢٩.
- نقض جنائى ٢١/ ١/ ١٩٦٧ مجموعة النقض س ١٨ ق ٥٠.

أى يلزم أن يستبين من الأوراق عينها قيام علاقة السببية بين النتيجة التى توصل اليها وبين الدليل الثابت بالأوراق[1].

والقاضى ليس ملزما بأخذ الدليل بأكمله أو طرحه بأكمله بل من حقه أن يجزئه فيأخذ ما يطمئن اليه ويطرح الباقى كل هذا دون أن يؤوله على مفهومه الخاص[2].

ولا يشترط أن يكون الدليل مستمدا من واقعمة معارة للجريمة. بل يمكن للمحكمة أن تستند الى وقائع سابقة أو لاحقة على الجريمة متى كانت متصلة بها وتفيد فى الوصول الى حقيقة الاتهام من حيث الثبوت أو النفى[3].

وللقاضى الجنائى أن يستعين فى تكوين اقتناعه بالقرائن التى تعزز الأدلة وتساندها، غير أن استعانة المحكمة بالقرائن المختلفة يجب أن تكون لتعزيز أدلة تحقق شرط الاستناد اليها وهو أن تكون لها أصل بالأوراق وطرحت بالجلسة[4].

٢- يجب أن يكون اقتناع القاضى مبنيا على دليل مستمد من اجراء صحيح. فلا يجوز الاستناد الى دليل استمد من اجراء باطل والا أبطل معه الحكم، وذلك تطبيقا لقاعدة ما بنى على الباطل فهو باطل.

٣- يجب أن يكون اقتناع القاضى مبنيا على أدلة مستساغة عقلا[5].

ان القاضى فى تكوين عقيدته وان كان حرا فى اختياره للأدلة التى يطمئن اليها فى حكمه الا أن ذلك مشروط بأن يكون استنتاج القاضى لحقيقة الواقعة وما كشفت عنها من أدلة لا يخرج عن مقتضيات العقل والمنطق.

(١) نقض جنائى ١٩/ ٢/ ١٩٦٨ مجموعمة النقض س ١٩ ق ٤١.
- نقض جنائى ١٨/ ٣/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ٦٢.
(٢) نقض جنائى ٣٠/ ٤/ ١٩٦٣ مجموعة النقض س ١٤ ق ٧٦.
(٣) نقض جنائى ١٠/ ٦/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ١٣٧.
(٤) نقض جنائى ١٨/ ٣ / ١٩٦٨ - مشار اليه.
(٥) المرصفاوى - المرجع السابق - ص ٦٠٢ الى ٦٠٥.

وبناء على ذلك يجوز للقاضى أن يبنى عقيدته على الثقافة العامة السائدة والتى يفترض علمها فى كل شخص يتواجد فى ذات الزمان والمكان ودون أنيكون ذلك قضاء بعلم القاضى الشخصى[١].

وعلى ذلك ينبغى أن يكون ماانتهى اليه القاضى فى تكوين عقيدته هو أمر يمكن الوصول اليه من الثابت بالاوراق وما طرح من أدلة بالجلسة وذلك وفقا لمقتضيات العقل والمنطق. بمعنى أن تكون الادلة فى مجموعها مؤدية الى ما قصده الحكم منها فى اثبات اقتناع المحكمة ما دام ما تخلص اليه لا يخرج عن الاقتضاء العقلى والمنطقى[٢].

والخلاصة هى أنه يجود للمحكمة أن ترجح بعض الادلة على البعض الآخر. ومتى كان الدليل موديا عقلا الى ما رتبته عليه محكمة الموضوع فلا يصح مناقشتها أمام محكمة النقض، وسواء كان الدليل الذى اعتمدت عليه مؤديا بذاته الى النتيجة التى انتهت اليها أو كان غير مباشر[٣].

٤- يجب أن يكون اقتناع القاضى مبنيا على اليقين.

القاعدة هى أن الأصل فى المتهخ أنه برئ حتى تثبت ادانته. واذا قضى بادانته فلابد أنيكون هذا القضاء مبنيا على اليقين الذى ينفى الأصل وهو البراءة.

وعلى ذلك فالشك يفسر دائما لصالح المتهم، ذلك أن الشك لا يصلح لنفى أصل البراءة الذى يجب أن يبنى على دليل يقينى. فاذا كانت الأدلة التى ساقها القاضى فى حكمه قد انتهت الى ترجيحه وقوع الجريمة من المتهم فان الحكم يكون خاطئا وخالفا للقانون[٤]. فأى شك يتطرق الى عقيدة

(١) نقض جنائى ١٦/ ١٢/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ٢٢٣.
- نقض جنائى ١٦/ ١٢/ ١٩٦٨ مجموعمة النقض س ١٩ ق ٢٢٥.
- نقض جنائى ٥/ ٢/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ٢٣.
(٢) نقض جنائى ٢١/ ١/ ١٩٦٧ مجموعة الأحكام س ١٨ ق ٥٠.
(٣) محمود مصطفى - المرجع السابق. ص ٤١٦.
(٤) نقض جنائى ٣/ ١٢/ ١٩٤٥ مجموعة القواعد جـ ١ - ق ٣٥، ق ٦٨.

المحكمة فى ثبوت التهمة يجب أن يؤدى الى القضاء بالبراءة مهما كان احتمال الثبوت ودرجته، ويتفرع عن ذلك ضرورة أن تقوم المحكمة بتحقيق دفاع المتهم وذلك اذا ما دفع بشيء يتوقف على الفصل فيه براءته.

ومع ذلك فلا يوجد تعارض بين ما سبق قوله وبين امكان افتراض صور مختلفة لحصول الواقعة وادانة المتهم عى أية صورة من الصور التى افترضها الحكم، فهنا يكون اقتناع القاضى بوقوع الجريمة وبنسبتها الى المتهم يقينا. ولا يقدح فى هذا اليقين أن تستخلص المحكمة من الأدلة فى مجموعها ومن الأوراق احتمالات متعددة لكيفية وقوع الجريمة، طالما أن جميع الاحتمالات تؤدى الى ادانة المتهم.

٥- وأخيرا فمن الثابت أنه لا يجوز للقاضى الجنائى أن يؤسس اقتناعه بناء على قرينة واحدة أو استدلال واحد. والقاعدة العامة هى أن القرائن ولادلائل التى لا ترقى الى مرتبة الأدلة لا يجوز الاستناد اليها مفردة فى الحكم الا الى جانب دليل أو أدلة متعددة[١]. ذلك أن دور القرائن والدلائل هى تدعيم الأدلة التى طرحت بالجلسة.

ومتى كانت القرائن أو الدلائل قد وجدت الى جانب الأدلة أو دليل واحد على الأقل كان الحكم صحيحا حتى ولو كانت هذه الدلائل أوالقرائن لم تطرح للمناقشة بالجلسة اذ يكفى أن يكون الدليل أساس الادانة قد طرح فى الجلسة وثابت بالأوراق.

والخلاصة هى أن كل ما يشترط فى الدليل الذى يبنى عليه حكم الادانة هو أن يكون له أصل فى الأوراق والا كان القضاء معيبا بما يستوجب نقضه[٢].

---

(١) مأمون سلامة - المرجع السابق - ص ٨٦٣/ عكس ذلك حسن صادق المرصفاوى - المرجع السابق - ص ٦٠١.

(٢) نقض جنائى ١/ ١٢/ ١٩٦٩ مجموعة النقض س ٢٠ ق ٢٧٢.

وبالاضافة الى ذلك يجب أن يودى الدليل عقلا الى صحة ما ينتهى اليه القاضى. ويجب أن يكون القاضى ملما بالدليل الماما شاملا وأن يكون قد محصه التمحيص الكافى الذى يدل على أنه قام بما ينبغى عليه من تدقيق البحث لتعرف الحقيقة. ولا يشترط أنيكون الدليل صريحا دالا بنفسه على الواقعة المراد اثباتها، بل يكفى أن يكون استخلاص ثبوتها منه عن طريق الاستنتاج من القرائن التى تقوم لديه.

والادلة فى المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها الآخر ومنها مجتمعة يكون القاضى عقيدته فلا ينظر الى دليل بعينه لمناقشته على حدة دون باقى الأدلة، بل يكفى أن تكون الأدلة فى مجموعها كوحدة مؤدية الى ما تصدقه منها ومنتجة فى اثبات اقتناع القاضى واطمئنانه الى ما انتهى اليه(١).

وننقل الآن الى دراسة القيود التى تحد من سلطة القاضى الجنائى فى التقدير.

---

(١) القرينة هى الصلة الضرورية التى ينشئها القانون بين وقائع معينة، أو هى نتيجة يتحتم على القاضى أنيستخلصها من واقعة معينة. وقد يكون للقرينة حجيةمطلقة فى الاثبات فلا يجوز اثبات عكسها. ومع ذلك فيوجد منالقرائن ما يجوز اثبات عكسها، ويطلق عليها القرائن البسيطة أو المؤقتة.

أما الدلائل فيطلق عليها أحيانا القرائن الفعلية، تمييزا لها عن القرائن القانونية وهى القرائن بالمعنى الصحيح. وهذه الدلائل لا تدخل تحت حصر ويستنتجها القاضى من الوقائع الثابتة أمامه.

ويوجد فارق أساسى بين القرائن والدلائل، فالأولى تصلح دليلا كاملا، أماالدلائل فلا ترقى الى مرتبة الدليل، وبالتالى لا يجوز الاستناد عليها وحدها فى الادانة. وقد يقال أن الدلائل تستمد منالوقائع، واذا جاز أن يكذب الشاهد فالوقائع لا تكذب. ويرد على ذلك بأن الوقائع التى تستنتج منها الدلائل قد تكون ملفقة، كما أن ضعف الدلائل قد يقوم فى استنتاجها من وقائع لا تؤدى اليها بالضرورة. محمود مصطفى – المرجع السابق – ص ٤٧٧ – ٤٧٨.

المطلب الثانى

القيود التى ترد على سلطة القاضى الجنائى فى التقدير

٤٠- اذا كان الثابت أن القاضى الجنائى يتمتع بدور ايجابى فى البحث عن الحقيقة، مما حدا بالمشرع الى أن يحرره من قيود الاثبات التى يتقيد بها القاضى المدنى، فان ذلك يرجع بصفة أساسية الى أن الخصومة الجنائية تتصل بالمصلحة العامة للمجتمع، ومن ثم يجب على القاضى أن يصل فى حكمه الى الحقيقة بالبحث عن الأدلة التى تسوقه الى ذلك.

واذا كانت القاعدة الذهبية فى المواد الجنائية هى حرية القاضى فى تكوين عقيدته واقتناعه، فان المشرع يتدخل فى بعض الاحيان لوضع عدة قيود.

هذه القيود لا ترد على المبدأ العام، أى لا ترد على حرية القاضى الجنائى فى تكوين عقيدته، وانما ترد فى الحقيقة على تحديد وسيلة الاثبات فى بعض الأحوال[1].

١- تقيد القاضى الجنائي بطرق الاثبات الخاصة بالمواد غير الجنائية :

قد يستلزم الفصل فى الدعوى الجنائية أن يفقصل القاضى فى مسألة غير جنائية ضرورية للحكم فى الدعوى. ويحدث ذلك فى الأحوال التى يجعل المشرعفيها من عناصر الجريمة موادا مدنية أو تجارية أو أحوالا شخصية، ويكون ذلك حينما يدخل المشرع فى الواقعة الاجرامية عناصرا قانونية تنتسب لفرع آخر من فروع القانون. مثال ذلك الملكية فى جريمة السرقة، والعقود الخاصة التى تقوم عليها جريمة خيانة الأمانة، والزوجية فى جريمة الزنا، والشيك فى جريمة اصدار شيك دون رصيد.

فى جميع هذه الأحوال يتعين على القاضى الجنائى أن يفصل فى هذه

---

(١) حسن صادق المرصفاوى – المرجع السابق – ص ٦٠٣.

المسائل متبعا طرق الاثبات الخاصة بالمواد غير الجنائية، ذلك أن القاعدة فى اثبات الجرائم هى بكافة الطرق الا ما استثنى منها بنص خاص.

وتقيد القاضى الجنائى بطرق الاثبات المقررة فى القوانين غير الجنائية بالنسبة للمواد المتعلقة بتلك القوانين مشروط بشرطين:

١ – ألا تكون الواقعة محل الاثبات هى بذاتها الواقعة مل التجريم. بمعنى أنه يلزم أن تكون الواقعة المتعلقة بالقوانين غير الجنائية هى مفترضا للجريمة، وليست هى المكونة للسلوك الاجرامى ذاته.

٢ – أن تكون الواقعة المتعلقة بالقوانين غير الجنائية لازمة للفصل فى الدعوى الجنائية. فاذا كانت الواقعة المدنية مثلا انما تستدل بها المحكمة كقرينة على وقوع الجريمة، فلا تثريب عليها اذا هى لم تلجأ الى قواعد الاثبات المدنى.

وبتوافر هذين الشرطين يتعين على المحكمة أن تلجأ الى وسائل الاثبات المقررة فى القوانين غير الجنائية، مع ملاحظة أن هذه الوسائل لا تتعلق بالنظام العام.

٢- حجية بعض المحاضر والأوراق فى اثبت ما ورد من وقائع :

أ – وفقا لنص المادة ٣٠١ من قانون الاجراءات الجنائية فان الوقائع المادية الواردة بمحاضر المخالفات يفترض صحتها. ومعنى ذلك أن القاضى غير ملزم بتحقيقها أو التدليل على وقوعها في حكمه.

وليس معنى ذلك أنالقاضى ملزم بالأخذ بما ورد بالمحاضر، بل له طرح المحضر جانبا وبيان أسباب عدم الأخذ به.

وحجية هذه المحاضر قاصرة على ما ورد بها من وقائع مادية منسوبة الى المتهم أو غيره.

ولصاحب الشأنن اثبات عكس ما ورد بهذه المحاضر بكافة طرق الاثبات.

ب – محاضر الجلسات.

محاضر الجلسات الخاصة بالمحكمة تعتبر حجة بما ورد فيها وذلك متى استوفت الشكل القانونى بتوقيع رئيس المحكمة والكاتب. وحجية هذه المحاضر قاصرة على ثبوت الوقائع والاجراءات التى وردت بالمحضر.

ولا تمتد هذه الحجية لالزام القاضى بالأخذ بما ورد فيها من أدلة. ويجوز اثبات عكس ما ورد بهذه المحاضر عن طريق الطعن بالتزوير.

وتقدير القيمة القانونية لما أثبت بمحضر الجلسة يخضع لاطلاقات محكمة الموضوع.

جـ – أدلة الاثبات فى جريمة الاشتراك فى الزنا. أخذ المشرع بنظام الأدلة لاقانونية فى اثبات جريمة الاشتراك فى الزنا. ومؤدى ذلك أن القاضى لا يجوز له أن يكون إقتناعه بتلك الجريمة الا عن طريق أدلة بينتها المادة ٢٧٦ عقوبات:

١– القبض عليه حين تلبسه بالفعل.

٢– اعتراف المتهم بالزنا.

٣– وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة من التهم بالزنا.

٤– وجود الشخص فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم.

ويكفى أنيكون اقتناع القاضى بناء على دليل واحد من تلك الأدلة.

د – وتنص المادة ٣٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه لا يجوز للقاضى أن يبنى حكمه على أى دليل لم يطرح أمامه فى الجلسة.

وكان القضاد المصرى قد درج على ذلك لأن حيدة القاضى توجب عليه أنلا يقيم قضاءه الا على ما طرح أمامه وكان موضوع الفحص والتحقيق. فالقاعدة هى أن القاضى لا يحكم بعلمه الشخصى.

هذه هى القيود التى ترد على تحديد وسيلة الاثبات أمام القاضى الجنائى.

المطلب الثالث

سلطة القاضي الجنائى بالنسبة للوقائع المطروحة عليه

٤١- القاعدة الأساسية التى تحكم نظر الدعوى الجنائية أمام المحكمة هى ضرورة تقيد المحكمة بطلبات الخصوم، فلا يجوز لها أن تقضى للخصم بغير ما طلبه. كمالا يجوز لها أن تقضى بما طلبه فى مواجهة شخص آخر لم يختصم فى الدعوى. ويعبر عن ذلك بأن للدعوى الجنائية قيدين يقيدان سلطة المحكمة، أحدهما شخصى، والآخر عينى، ونعالج هذين القيدين فيما يلى :

أولا: تقيد المحكمة بالوقائع المرفوعة عنها الدعوى:

ان الحكم الصادر فى موضوع الدعوى لابد وأن يكون مرتبطا بالتهمة التى رفعت بها ولا يجاوزها الى غيرها.

هذه التهمة تتحدد بالوقائع المرفوعة عنها الدعوى.

فالوقائع التى تلتزم المحكمة بالفصل فيها وتقديرها ولا تجاوزها الى غيرها انما تتحدد بما هو ثابت بأمر الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور.

واذا جاوزت المحكمة هذا القيد وحكمت فى واقعة لم ترد بأمر الاحالة أوورقة التكليف بالحضور، فانها تكون قد أخطأت القانون فى أمرين:

أ- أنها أضفت على نفسها سلطة الاتهام الثابتة للنيابة العامة كقاعدة.

ب- أنها فصلت فى غير ما طلبه الخصم رافع الدعوى أى النيابة العامة.

ولا يؤثر فى ذلك أن تكون الوقائع الجديدة الغير واردة بأمر الاحالة أوورقة التكليف بالحضور ظاهرة وواضحة من الأوراق، ولم تسع اليها المحكمة. وانما ظهرت أثناء المرافعة أو من التحقيقات التى أجرتها المحكمة بصدد الواقعة الأصلية المرفوعة عنها الدعوى[1].

(١) مأمون سلامة -- المرجع السابق - ص ٨٧٢.

وكل ما تملكه المحكمة في مثل هذه الأحوال هو أن تلفت نظر النيابة العامة اليها دون أن تكون هذه الأخيرة ملزمة بتحريك الدعوى بالنسبة لها.

وعلى ذلك فالفيصل في في بيان التزام المحكمة بعينيه الدعوى من عدمه هو تماثل الواقعة المحكوم فيها والواقعة المرفوعة عنها الدعوى. ويتحقق هذا التماثل اذا كانت الواقعة التى فصلت فيها المحكمة تملك ذات المقومات المادية والمعنوية التى يتكون منها الركن المادى والمعنوى للتهمة الواردة بورقة التكليف بالحضور أو بأمرالاحالة.

فاذا اختلفت الواقعتا في عنصر من هذه العناصر كنا بصدد واقعة جديدة لا تملك المحكمة الفصل فيها الا في حدود معينة ليس هنا مجال التعرض لها.

٤٢- ويثار في هذا المجال تساؤل حول مدى سلطة المحكمة في استبعاد عنصر من عناصر التهمة الأصلية، وهل مثل هذا العمل يؤدى نفى التماثل بين الواقعة المرفوعة بها الدعوى، والواقعة الصادر فيها الحكم؟.

والاجماع لدى الجمهور منعقد على التسليم بحق المحكمة في تعديل التهمة بطريق الاستبعاد دون أن يؤثر ذلك في مبدأ تقيد المحكمة بالواقعة المرفوعة عنها الدعوى.

ويشترط لذلك شروط ثلاث:

١- عدم اضافة عناصر جديدة للتهمة يعد استبعاد جزء منها لم تكن واردة بأمر الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور.

٢- عدم الاسادة الى مركز المتهم وذلك بأن تكون التهمة التى عوقب من أجلها تندرج بالضرورة في حدود دفاعه عن التهمة التى رفعت بها الدعوى الجنائية.

٣- أن تكون عناصر التهمة المحكوم يها قد استظهرتها المحكمة من تحقيقاتها النهائية[١].

(١) مأمون سلامة - المرجع السابق - ص ٨٧٤/ حسن صادق المرصفاوى - المرجع السابق - ص ٥٤٥/ محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٩٣ وما بعدها.

ومن جهة اخرى لا يتأثر التماثل بين الواقعة الأصلية والواقعة المحكوم فيها اذا ما أجرت المحكمة تعديلات فى وقائع الدعوى دون أن تتأثر التهمة الاصلية فى أركانها المادية والمعنوية المطابقة للنموذج التشريعى لها.

مثال ذلك: تعديل تاريخ الواقعة المنسوبة للمتهم أو تعديل كيفية ارتكاب الجريمة أو الوسيلة التى استخدمت فى ارتكابها. كل ذلك ما لم تكن الوسيلة أوالوقائع الاخرى يعتد بها المشرع كعنصر من عناصر التهمة الأصلية، اذ فى هذه الحالة الأخرية لا يمكن أن تعدل المحكمة من الوقائع دون أن يؤثر هذا على تعديل التهمة الأصلية فى أحد عناصرها المادية أوالمعنوية[1].

كذلك لا يتأثر التماثل بين الواقعة المرفوعة عنها الدعوى وتلك المحكوم فيها اذا قامت المحكمة باضافة الوقائع المكونة لظروف مخففة. اذ فى هذه الحالة لا يتأثر التماثل قانونا تطبيقا لقاعدة من يملك الاكثر يملك الفصل فى الأقل.

كل هذا يكون مشروطا أيضا بأن تكون الوقائع الجديدة قد دارت حولها المرافعة فى الجلسة وذلك احتراما لحق الدفاع.

٤٣- وفى نطاق ضرورة التزام المحكمة الجنائية بقاعدة عينية الدعوى، يثور التساؤل حول سلطة هذه المحكمة فى تعديلالتهمة باضافة وقائع جديدة.

وقد نصت المادة ٣٠٨ من قانون الاجراءات الجنائية على منح المحكمة سلطة تعديل التهمة باضافة الظروف المشددة التى تثبت من التحقيق أو من المرافعة فى الجلسة ولو لم تكن قد ذكرت بأمر الاحالة أو فى التكليف بالحضور. والهدف من هذا النص هو اعطاء المحكمة سلطة تعديل التهمة باضافة وقائع جديدة بما لا يخرج التهمة عن جرهرها. بحيث ينعدم

(١) نقض جنائى ٢٦/ ١١/ ١٩٦٢ مجموعة النقض س ١٣ ق ١١٨/ نقض جنائى ٢١/ ١١/ ١٩٥٩ مجموعة النقض س ١٠ ق ٢١٣/ نقض جنائى ١٧/ ٤/ ١٩٦٢ مجموعة النقض س ١٣ ق ٦٩/ نقض جنائى ٢/ ١٠/ ١٩٦١ مجموعة النقض س ١٢ ق ١٤٨.

التماثل. نتيجة هذا التعديل، بين تلك المرفوع عنها الدعوى والتهمة المحكوم فيها، إذا ما انعدم التماثل فرضا نتيجة التعديل تنعدم سلطة المحكمة فى الفصل فى الوقائع الجديدة لما فى ذلك من خلط بين سلطتى الاتهام والحكم.

ونضرب فيما يلى بعض الأمثلة لبيان صور التعديل الممكنة التى تقوم به المحكمة وذلك باضافة وقائع جديدة لبيان حدود سلطة المحكمة بالنسبة لها.

١- اذا لحق التعديل الركن المادى للجريمة أى السلوك والنتيجة ورابطة السببية.

٢- يتحقق التعديل بالاضافة وذلك اذا انصب على الركن المعنوى للجريمة، ومثال ذلك اضافة نية القتل وتعديل التهمة من ضرب مفض الى موت الى قتل عمد.

٣- يكون هناك تعديل بالاضافة اذا انصب على وقائع مكونة لظروف مشددة لم ترد بأمر الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور.

٤- اذا كان التعديل باضافة عنصر جديد متمثل فى حالة قانونية يأخذها المشرع بعين الاعتبار فى تكوين الركن المادى لريمة من الجرائم ولم تكن واردة بأمر الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور ويترتب على اضافتها تعديل التهمة ذاتها.

واذا كانت هذه هى الأشكال المتصورة للتعديل باضافة عناصر جديدة الى التهمة المرفوع بها الدعوى، فالسؤال الآن هو: هل تندرج جميع هذه الصور تحت الحظر الوارد على سلطة المحكمة أم أن بعضا من هذه الصور يخرج عن اطاره وتملكه المحكمة[١]؟.

٤٤- يرى بعضالفقه أن المعيار الذى يهتدى به فى هذا المجال هو ألا

(١) نقض جنائى ١٩/ ٢/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ٤٠/ نقض جنائى ٢٩/ ١/ ١٩٤٥ مجموعة القواعد جـ ١ ق ٤٧/ نقض جنائى ١٠/ ١/ ١٩٥٦ مجموعة النقض س٧ ق ٨.

يكون من شأن التعديل تغيير جوهرى فى عناصر التهمة اذا كان الحكم الصادر فى الواقعة المرفوعة عنها الدعوى أصلا ليس من شأنه أن يحوز قوة الأمر المقضى فيه بالنسبة للواقعة الجديدة أو لم يكن هناك ارتباط لا يقبل التجزئة بين الواقعتين.

أما اذا كانت له هذه الحجية أو قامت حالة الارتباط فمن غير المتصور أن يمتد الحظر ليشمل تلك الحالة والا ترتب على ذلك افلات المجرم من العقاب لمجرد سهو من النيابة العامة مع امكان تدارك هذا السهو أو الخطأ فى مرحلة المحاكمة، والا كان هناك تشتيت للعدالة الجنائية دون مبرر[1].

وبناء على ذلك فحظر تعديل التهمة ينصب فقط على الوقائع التى يمكن للنيابة العامة تحريك ورفع الدعوى بشأنها استقلالا عن الحكم الصادر فى الدعوى المنظورة فعلا أمام المحكمة فى غير أحوال الارتباط الذى لا يقبل التجزئة[2].

وعلى ذلك يجوز تعديل التهمة باضافة الظروف المشددة بالمعنى الدقيق الوارد فى قانون العقوبات.

وكذلك يجوز اضافة الوقائع الفرعية التى تدخل فى تكوين الركن المادى للجريمة وتؤدى الى اكتمال الواقعة الأصلية فى عناصرها أو الى تحقيق العناصر القانونية لجريمة أخرى نتيجة اتصالها بالواقعة الأصلية.

وكذلك يجوز تعديل الركن المعنوى للجريمة، ومثال ذلك تعديل التهمة من قتل خطأ الى قتل عمد اذا كانت الواقعة المنظورة أمام محكمة الجنايات[3].

وكذلك يجوز تعديل التهمة بادخال الوقائع المرتبطة بالواقعة الأصلية ارتباطا لا يقبل التجزئة، ولو كان أمر الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور لم يشتمل عليها.

---

(١) نقض جنائى ٢/ ١/ ١٩٥٤ مجموعة القواعد جـ ٢ ق ١٢١.
(٢) نقض جنائى ١٧/ ٦/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ١٤٥.
(٣) نقض جنائى ١٠/ ٤/ ١٩٦٧ مجموعة النقض س ١٨ ق ٩٨.

٤٥- وتسير محكمة النقض المصرية فى هذا الاتجاه. فهى لا تبطل الحكم اذا أضافت المحكمة وقائع جديدة الى الواقعة المرفوع بها الدعوى على المتهم، متى كان استبعاد هذه الوقائع لا يؤثر فى كفاية الواقعة الأولى للأدانة. وكانت العقوبة التى قضى بها لا تتجاوز الحد المقرر قانونا للجريمة الثابتة قبل المتهم. حتى ولو كان هذا التعديل أمام محكمة الدرجة الثانية ما دامت لم تشدد الحكم على المتهم[١].

ومع ذلك يعارض بعض الفقه[٢]. هذا الاتجاه على أساس أن قيام المحكمة بتقدير ضرورة اضافة واقعة غير التى رفعت بها الدعوى، فان ذلك قد يكون ذا أثر فى تقدير العقوبة، ولو كان ما حكم به يدخل تحت ما قرر للجريمة قانونا، اذ يحتمل أنه لو لم تكن الجريمة المضافة قد أخذت ى اعتبار القاضى لنزلت العقوبة عما حكم به. فالمتهم مصلحة فى التمسك بخروج المحكمة عن حدود الدعوى.

وفضلا عن ذلك يرى هذا الفقه أن الوقائع المضافة يعتبر نظرها والحكم فيها قد تم عن غير الطريق الذى رسمه المشرع لطرح الدعوى على المحكمة الأمر الذى يستتبع بطلان قضائها. وهو اجراء يتعلق بالنظام العام لانعدام ولايتها بالفصل فى واقعة لم تطرح عليها من الجهة التى أجاز لها القانونى تحريك الدعوى الجنائية.

٤٦- ثانيا: تقيد المحكمة بالأشخاص المرفوعة عليهم الدعوى:

من الثابت أن المحكمة لا تتقيد بالوقائع الواردة بأمر الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور فقط، بل تلتزم أيضا بالأشخاص المرفوعة عليهم الدعوى. فلا يجوز لها ادخال أشخاص آخرين كمتهمين حتى ولو استبان من التحقيقات والمرافعة أن هناك متهمين يجب ادخالهم كفاعلين أو شركاء فى

---

(١) نقض جنائى ٢/ ١٢/ ١٩٣٥ مجموعة القواعد ج١ ٣ ق ٤٠٣/ نقض جنائى ٣١/ ٣/ ١٩٥١ مجموعة النقض س ٢ ق ٣١٠.

(٢) محمود مصطفى - المرجع السابق - ص ٣٩٢/ حسن صادق المرصفاوى - المرجع السابق، ص ٥٤٧.

الجريمة. وكل ما تملكه المحكمة فى مثل هذه الفروض هو أ تلفت نظر النيابة العامة الى ذلك التعديل الواجب اجراؤه لتتخذ ما تراه.

٤٧- ونعالج أخيرا سلطة المحكمة فى التكييف وتغيير الوصف.

اذا كانت المحكمة تنفيذ بالوقائع المحالة اليها بالتفصيل السابق بيانه، فليس معنى ذلك أن تلتزم بالتكييف القانونى لها كما ورد من سلطة الاحالة. فالمحكمة فى نظرها للدعوى ملزمة بتطبيق القانون على الوقائع التى تفصل فيها تطبيقا صحيحا بعد تمحيصها لجميع كيوفها وأوصافها، وهى غير مقيدة بالوصف الذى تسبغه عليها جهة الاحالة (مادة ٣٠٨ من قانون الاجراءات الجنائية).

وحق المحكمة فى التكييف وتغير الوصف القانونى للوقائع هو حق أصيل لها، ويثبت لها حق دون طلب من النيابة أو من المتهم، وهى خاضعة لرقابة محكمة النقض فى هذا.

والمحكمة تملك تغيير الوصف بناء على الوقائع التى استخلصتها. وسواء انتهت الى ذات الوقائع الواردة بأمر الاحالة أو ورقة التكليف بالحضور، أوقامت باضافة ظروف مشددة، أو أنقصت من الوقاع الواردة بالاحالة. فالمحكمة تعطى الوصف القانونى للوقائع التى يجب عليها الفصل فيها، ويشترط لذلك الشروط الآتية:

١- أن تكون العناصر التى استندت اليها المحكمة فى اعطاء الوصف الصحيح للواقعة قد استخلصتها من التحقيقات التى أجرتها بمعرفتها أو من التحقيقات الأولية أو من المرافعة فى الجلسة.

٢- ألا يتضمن تغيير الوصف اضافة وقائع جديدة الا فى الحالات التى يجوز فيها ذلك أمام المحكمة والسابق الاشارة اليها.

ويلاحظ أن التعديل المنصب على مواد القانون فقط ليس من قبيل الوصف باعتبار أن المحكمة ملزمة دائما بتطبيق النص الصحيح على الواقعة

المرفوعة بها الدعوى، مادام لا يترتب على هذا التعديل تغيير فى الوصف أوتعديل فى التهمة[1].

وننتقل الآن الى دراسة سلطة المحكمة فى تقدير العقوبة.

المطلب الرابع

سلطة القاضى الجنائى فى تقدير العقوبة

٤٨- ان تحديد العقوبة فن لا يمكن تدريسه أو مراقبته، ولهذا فقد حاولت بعض التشريعات تسهيل مهمة القاضى فى تحديد العقوبة. فوضعت له بعض القواعد التى يسترشد بها فى استجلاء خطورة المجرم وتقدير العقاب الملائم لها. وبناء على ذلك فقد ذهبت بعض القوانين الى تحديد الحالات البالغة الخطورة عند ارتكاب الجريمة، وذلك حتى تكون تحت نظر القاضى فى الحالات المماثلة.

واختيار القاضى للعقوبة يجب أن يتم وفقا لمعيار يضعه المشرع. ويوصى بعض الفقه بأنه يجب على القاضى عندما يمارس سلطته التقديرية أن يسترشد فى ذلك بتوجيهات قانونية دقيقة للاستعانة بها فى حالات معينة[2].

ويتحقق هذا الاتجاه نحو ارشاد القاضى فى كيفية اختيار العقوبة فى صورتين:

١- أن يحدد العوامل والظروف التى تساهم فى تكوين الشخصية الاجرامية، ويبين الامارات الكاشفة لمدى خطورتها.

٢-أن يراعى المشرع جانب الردع العام فيوصى بالتشديد عند العقاب على مرتكبى بعض الجرائم التى يراها بالغة المساس بالشعور العام.

---

(١) نقض جنائى ٢٠/ ١٢/ ١٩٤٨ مجموعة القواعد جـ ٣ - ق ١٢٠.

- نقض جنائى ٢٣/ ٥/ ١٩٥٠ مجموعة القواعد جـ ٢ - ق ١٢٥.

(٢) أحمد فتحى سرور - أصول السياسة الجنائية - ١٩٧٢ - ص ٢٤٦ - ٢٣٧.

حينما يعتنق المشرع معيار جسامة الجريمة كأحد محددات سلطة القاضى التقديرية بالنسبة للعقوبة، فانه يجب توضيح هدف القانون من الرجوع الى الجريمة فى ذاتها لتحديد سلطة القاضى فى تقدير العقوبة.

٤٩- ان علة ذلك تكمن فى ثلاثة أمور:

١- يباشر القاضى سلطته التقديرية فى حدود قاعدة الشرعية. وتقضى هذه القاعدة أن يتوقف الحدين الادنى والأقصى للعقوبة على جسامة الجريمة. فهذه الجسامة هى الاطار العام الذى يباشر القاضى بداخله سلطته التقديرية.

٢- أن وقوع الجريمة يفيد كقرينة بسيطة أن مرتكبها لديه خطورة اجرامية تحركت مكامنها فى صورة هذه لاجريمة. وهى قرينة قابلة لاثبات العكس.

٣- تحقيق اعتبارات الردع العام. واذا كان الردع الخاص يأخذ مكان الصدارة، فانه لا يجوز اغفال دور الردع العام وخاصة بالنسبة الى الجرائم التى تمس الصالح العام بصورة خطيرة ومباشرة.

٥٠- وقد أثارت القواعد الارشادية للقاضى الجنائى، بعض الاعتراضات نجملها فيما يلى :

١- ذهب البعض الى عدم فائدة هذه القواعد، فهى اما قواعد عاة غير مفيدة، واما تفصيلية وفى هذه الحالة تفيد القاضى بطريقة غير مرغوبة.

٢- خطورة تطبيق هذه القواعد بطريقة تحيلها الى مجرد شكليات.

ومع ذلك يذهب البعض[١] الى القول بأنه رغم هذه الاعتراضات فمن الضرورى تمهيد الطريق أمام القاضى عند استعمال سلطته التقديرية.

اذ لا شك فى أن النصوص المعدة لارشاد القاضى عند استعمال هذه

(١) راجع فى كل ذلك وبالتفصيل - أحمد فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٢٣٩.

السلطة تتفق مع مبدأ شرعية العقوبات الذى يقتضى نوعا من تحديد العقاب المقرر للجريمة.

فيما يتعلق بمرحلة توافر الخطورة أو عدم توافرها، فان ثبوت الوقائع المكونة لها أو عدم ثبوتها هى مسألة موضوعية بلا جدال تستقل فيها محكمة الموضوع بالتقدير.

ولا خشية من تحول هذه الارشادات الى مجرد أمور شكلية اذا أحكمت الرقابة على استعمال القاضى لسلطته التقديرية. ووجب عليه تسبيب علة اختياره العقوبة.

ويلاحظ أن البحث السابق على الحكم هو الاجراء الذى يجب على القاضى اتباعه للوصول الى تقدير سليم لمدى الخطورة الاجرامية للشخص حتى يستند اليها فى تقدير العقاب.

٥١- وفيما يتعلق برقابة محكمة النقض على سلطة القاضى التقديرية فى اختيار وتوقيع العقاب، فان هذه السلطة الأخيرة تفترض أن يتثبت القاضى أولا من توافر الخطورة الاجرامية لدى الجانى. ثم يحدد العقوبة وفقا لهذه الخطورة مع مراعاة جسامة الجريمة. وبذا يباشر القاضى سلطته المذكورة فى مرحلتين:

١- مرحلة التحقق من توافر الخطورة على ضوء شخصية المتهم وجسامة الجريمة.

٢- مرحلة تحديد العقوبة.

وعلى ذلك فالسؤال هو: ما مدى رقابة محكمة النقض على السلطة الموضوعية للقاضى فى هاتين المرحلتين؟.

أما اضفاء صفة الخطورة على هذه الوقائع فهى عملية تكييف قانونية للوقائع التى يتثبت القاضى من توافرها. وهذه العملية تخضع لرقابة محكمة النقض، لأن القانون يرتب آثارا قانونية على توافر الخطورة، وعلى ذلك

فوصف شخصية المجرم بالخطورة هو عملية قانونية لا تترخص فيها محكمة الموضوع بسلطة تقديرية مطلقة. وتمارس محكمة النقض رقابتها وفقا لما تستقر على الأخذ به من معايير علمية أو طبقا للضوابط القانونية التى يحددها المشرع لكى يمارس القاضى وفقا لها سلطته التقديرية فى التثبت من توافر أو عدم توافر الخطورة.

٥٢- وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن تقدير العقوبة هو من اطلاقات محكمة الموضوع دون أن تكون ملزمة ببيان الأسباب التى من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذى ارتأته.

ويرى بعض الفقه[١] أن تقدير العقوبة ليس مجرد مسألة موضوعية يجب تركها لمطلق تقدير قاضى الموضوع. طالما أن القانون قد أراد تحديدها تحقيقا لغاية معينة لضبط هذه السلطة التقديرية.

ومن ثم يكون من العبث بعد ذلك ألا تتوافر الرقابة الجدية على توخى تحقيق هذه الغاية. وتزاول محكمة النقض رقابتها على ضوء ما تستبينه من مدونات الحكم المطعون فيه. فاذا لم تستطيع معرفة حقيقة الأمر فانها لا تملك أن تبحث المسألة بنفسها من الناحية الموضوعية. لأن فى ذلك خروجا على سلطتها القانونية.

ولهذا فانه يتعين على المشرع أن يلزم القاضى بتسبيب حكمه فيما يتعلق باختيار الجزاء الجنائى. فان أغفل هذا التسبى كان حكمه قاصرا ولا شك أن رقابة محكمة النقض على حسن اختيار العقوبة يضمن نوعين من الاستقرار فى تحديد ضوابط الحكم بهذا الجزاء، ويقضى على الفوضى التقديرية فى اختيار العقوبات التقليدية والتدابير العقابية.

٥٣- واعترض جانب من الفقه على هذا النظر بدعوى أن هذه المهمة تدخل ضمن الاختصاص المطلق لقاضى الموضوع دون غيره، وانه ليس لمحكمة النقض سلطة بحث المسائل الموضوعية.

---

(١) أحمد فتحى سرور - المرجع السابق - ص ٢٤٣.

ومع ذلك رد الفريق الأول من الفقه بالقول بأن فى ذلك اغفال لمسألة الرقابة التى يدعو اليها. فهذه الرقابة – وفقا للفريق الاول – ليست تدخلا فى سلطة محكمة الموضوع، بل هى اعمالا لنصوص القانون أو روحا وتطبيقا لنظرية البطلان ذاتها. ويبدو هذا التطبيق واضحا اذا اعتبرنا الغاية التى استهدفها المشرع من العقاب شرطا موضوعيا لصحة الحكم الجنائى تطبيقا لمبدأ أن الغاية المشروعة تعتبر شرطا موضوعيا لصحة الأعمال الاجرائية العامة التى تدخل فى حدود السلطة التقديرية[1].

وبهذا ننتهى من دراسة فكرة سلطة القاضى التقديرية فى انزال العقوبة، وننتقل الآن الى دراسة مسألة التزام القاضى الجنائى باعمال قواعد القانون.

المطلب الخامس

التزام القاضى الجنائى باعمال قواعد القانون وأثر ذلك على سلطته التقديرية

٥٤– سبق القول أن القاضى الجنائى يتمتع بحرية مطلقة فى تكوين عقيدته كقاعدة عامة، ومعنى ذلك أن للقاضى مطلق الحرية فى تقديره أدلة الدعوى، وله أن يأخذ بها كما أن له أن يطرحها.

ومن المقرر أن العبرة فى المحاكمة الجنائية هى باقتناع القاضى بناء على الأدلة المطروحة عليه. ولا يصح مطالبته بالأخذ بدليل بعينه فيما عدا الأحوال التى قيده القانون فيها بذلك.

وقد جعل القانون من سلطته أن يزن قوة الاثبات وأن يأخذ من أى بينة أو قرينة يرتاح اليها دليلا لحكمه.

---

(١) احمد فتحى سرور – أصول السياسة الجنائية – ص ٢٤٤.
– احمد فتحى سرور – نظرية البطلان فى قانون الاجراءات الجنائية – رسالة – ١٩٥٩ – ص ٢٣٦.
– فتحى والى – نظرية البطلان فى قانون المرافعات – رسالة ١٩٥٩ – ص ١٣٠.

ولا يلزم في الأدلة التي اعتمد عليها الحكم أن يقطع كل دليل منها في كل جزء من جزئيات الدعوى، اذ الأدلة في المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها بعضا ومنها مجتمعة تتكون عقيدة القاضي[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى أنه لا يشترط في الدليل أن يكون صريحا ودالا بنفسه على الواقعة المراد اثباتها بل يكفي أن يكون استخلاص ثبوتها عن طريق الاستنتاج، مما تكشف للمحكمة من الظروف والقرائن وترتيب النتائج على المقدمات، ما دام ما حصلته لا يخرج عن الاقتضاء العقلي والمنطقي[2].

وحكمت هذه المحكمة أيضا أن تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى هو أمر موضوعي تستقل المحكمة به وهي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تشق طريقها فيه بنفسها[3].

ويطبق هذا المبدأ في جميع مجالات الدعوى الجنائية وعناصرها. ومن ذلك، أن الاعتراف في المسائل الجنائية من عناصر الاستدلال، لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الاثبات[4].

والأدلة في المواد الجنائية اقتناعية. للمحكمة أن تلتفت عن دليل نفي ولو حملته أوراق رسمية ما دام يصح في العقل أن يكون غير ملتئم مع الحقيقة التي اطمأنت اليها من باقي الأدلة[5].

وأيضا، حكمت محكمة النقض بأنه من حق محكمة الموضوع تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبير المقدم اليها[6].

وحكم أيضا بأنه من حق محكمة الموضوع أن تستخلص الصورة

---

(١) نقض جنائي ١٦/ ٥/ ١٩٧٧ س ٢٨ ق ١٥٩ مجموعة النقض.

(٢) نقض ١٣/ ٦/ ١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨ ق ١٥٩.

(٣) نقض جنائي ٣٠/ ١٠/ ١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨ ق ١٨٤.

(٤) نقض جنائي ٦/ ٦/ ١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨ ق ١٥٠.

(٥) نقض جنائي ٢٧/ ١١/ ١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨/ ق ٢٠١.

(٦) نقض جنائي ٢١/ ٢/ ١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨ ق ٦١.

الصحيحة لواقعة الدعوى من أقوال الشهود ومن سائر العناصر المطروحة أمامها[1].

وحكم أيضا بأنه من المقرر أن الأحكام الجنائية يجب أن تبنى على الجزم واليقين من الواقع الذى يثبته الدليل المعتبر، ولا تؤس على الظن والاحتمال من الفروض والاعتبارات المجردة[2].

٥٥- كل هذه المبادئ تشير الى سلطة القاضى الجنائى فى تقدير الأدلة توصلا الى تكوين عقيدته، ليصل من ذلك الى الفصل فى الدعوى المطروحة عليه.

ولكن السؤال يظل مطروحا:

ما هو مركز سلطة القاضى الجنائى التقديرية حينما يقوم باعمال قواعد القانون الجنائى؟

الاجابة عن هذا السؤال تقتضى استعراض دور القاضى الجنائى فى اعمال القواعد الجنائية. من هذا الاستعراض نستطيع أن نقول كلمتنا فيما يتعلق بالسلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى الجنائى.

من المعروف أنه يشترط لصحة الحكم الجنائى أن يحمل بذاته الأسباب التى بنى عليها القاضى قراره.

وعلى ذلك فيجب أن يبين القاضى فى أسباب حكمه الواقعة المستوجبه للعقوبة والظروف التى وقعت فيها.

ومعنى ذلك هو ضرورة بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة واظهار العناصر القانونية للجريمة والمستخلصة من وقائع الدعوى وكذلك الظروف الأخرى التى يأخذها المشرع بعين الاعتبار فى النموذج التشريعى للجريمة سواء أكانت مشددة أو مخففة.

---

(١) نقض جنائى ٩/ ١/ ١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨ ق ١٠.

(٢) نقض جنائى ٦/ ٢/ ١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨ ق ٣٩.

وبناء على ذلك فيجب بيان السلوك الاجرامى للمتهم والذى يتطابق مع السلوك الوارد بالنموذج التشريعى للجريمة.

كما يجب بيان النتيجة غير المشروعة ورابطة السببية بين السلوك المنسوب للمتهم وبين ما تحقق من نتائج تدخل فى الركن المادى للجريمة. ويلاحظ فى هذا المجال أن النتائج القانونية للجريمة تعتبر مفترضة بالنسبة لكل جريمة اكتملت أركانها ومن ثم لا تكون المحكمة ملزمة ببيانها فى أسبابها(١).

وكذلك يجب أن يظهر فى الأسباب توافر قيام الركن المعنوى للجريمة. فلابد من بيان عناصر القصد الجنائى اذا كانت الجريمة عمدية. ويلزم فى هذه الحالة اثبات العلم بماهية السلوك الاجرامى وما ترتب عليه من نتائج غير مشروعة، وكذلك ارادة السلوك والنتيجة. واذا كان القانون يفترض العلم فلا تكون المحكمة ملزمة باثباته الا اذا كانت القرينة القانونية قابلة لاثبات العكس ودفع المتهم بذلك.

كذلك اذا كانت الواقعة المستوجبة للعقاب تتطلب توافر قصد خاص فلابد من ابراز هذا القصد فى عناصر الحكم واستخلاصه من وقائع الدعوى استخلاصا سائغا.

ويجب أيضا بيان الظروف التى أحاطت بارتكاب الجريمة غير أن ذلك لا يكون لازما الا حيث يعتد المشرع بهذه الظروف فى تشديد العقاب أو تخفيفه. وبيان الظروف التى احاطت بالجريمة لا يقف عند هذا الحد، بل يمتد ليشمل باقى الظروف التى اعتد بها القاضى والمتعلقة بمساند تقدير العقوبة، كطبيعة الفعل، ونوعه، والوسائل التى استخدمت فى ارتكابه. ووقت ارتكابه ومكان ارتكابه والغاية من ارتكابه، وجسامة الضرر أو الخطر الناتج عن الفعل، والدوافع على ارتكاب الجريمة(٢).

---

(١) نقض جنائى ١٨/ ١٢/ ١٩٥٣ مجموعة القواعد جـ ١ ق ١١٥.

(٢) مأمون سلامة – المرجع السابق – ص ٩١٩.

٥٦- بيان كل ما سبق لا يكون لازما الا فى حالة الحكم بالادانة. أما اذا كان الحكم صادرا بالبراءة فيكفى أن تبين المحكمة فى أسباب حكمها العناصر والأدلة التى أدت بها الى الحكم بالبراءة. فاذا ظهر للمحكمة انعدام أحد أركان الجريمة أو الشروط اللازمة للعقاب فيكفى أن تبين فى حكمها ذلك، دون أن تكون ملزمة ببيان سائر الوقائع والظروف الأخرى المتوافرة فى الدعوى[1].

ومن جهة أخرى يتعين على المحكمة أن تبين فى أسباب حكمها النص القانونى المنطبق والذى حكمت بموجبه.

والمقصود بذلك هو الاشارة الى النص التجريمى الى توافرت شروط انطباقه عل يالواقعة الاجرامية. ويستوى فى ذلك أن يكون النص متعلقا بالفعل الأصلى المكون للجريمة أم كان متعلقا بظروف مشددة أو مخففة. أم كان متعلقا بضوابط استعمال القاضى لسلطته التقديرية.

والنص القانونى الواجب الاشارة اليه هو النص الذى يشير الى الأثر القانونى المترتب على توافر الواقعة المندرجة تحته، أما النصوص الأخرى التى تكتفى بوضع تعريفات للجريمة أو لأحد عناصرها أو الظروف المشددة فلا يلزم الاشارة اليها.

ويترتب على مخالفة كل ما تقدم بطلان الحكم. وكل المقتضيات السابقة يجب توافرها فى أحكام الادانة. أما أحكام البراءة فيجب فيها الاشارة الى النص القانونى اذا ما تأسست البراءة فى سبب قانونى.

٥٧- ومن جهة أخرى فانه من الواجب أن يكون بيان الأدلة الموضوعية التى تكونت على أساسها عقيدة المحكمة فيها انتهت اليه واضحا ومستساغا. ويقصد بالأدلة الأسباب الموضوعية للحكم، كما أن بيان الواقعة المستوجبة العقاب والظروف التى أحاط بها النص التجريمى المنطبق تعتبر أسبابا قانونية.

---

(١) نقض جنائى ٢٠/ ٥/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ١١١.

فالتدليل اذن هو ذلك الجزء من الأسباب الذى بمقتضاه تتكون عقيدة المحكمة فى صحة وقوع الجريمة، وصحة نسبتها أو نفيها عن التهم. ولذلك فهو يتطلب عرض الأدلة المختلفة التى طرحت بالجلسة والمستفادة من الأوراق تمحيصها والانتهاء الى طرحها أو الأخذ بها.

ولكى يكون الحكم صحيحا فى أسبابه من الناحية الموضوعية ينبغى أن يتوافر فى التدليل شرطان أساسيان:

١- أن يكون التدليل واضحا.

٢- أن يكون التدليل مستساغا.

مع ملاحظة أن التدليل يجب أن يستند الى أدلة طرحت فى الجلسة واستندت الى اجراءات صحيحة[١].

١- ولكى يكون التدليل واضحا لابد أن تذكر مضمون الأدلة دون غموض أو ابهام. بمعنى أنه لا يكفى الاشارة فقط الى الأدلة بل يجب ذكر مضمونها، ويجب أن يكون هذا المضمون واضحا دون لبس أو ابهام. ويكفى أن تذكر المحكمة من مضمون الدليل الجزء الذى يتفق وما استخلصته من واقع الدعوى.

٢- ومن جهة ثانية، يجب أن يخلو التدليل من التناقض. ويقصد بذلك التناقض الذى يقع بين عناصر الحكم ذاته.

والحكم يكون معيبا متى قام التناقض بين عناصره سواء أكان التناقض بين الأسباب بعضها مع بعض، أو كان بين الأسباب والمنطوق، أو بين التدليل وبين ما أثبته من وقائع منسوبة للمتهم.

ومن مقتضى صحة التدليل ضرورة الاستناد الى أدلة طرحت بالجلسة

---

(١) نقض جنائى ٨/ ١٢/ ١٩٤٧ مجموعة القواعد جـ ١ ق ٥١٨/ نقض جنائى ٧/ ٢/ ١٩٦٧ مجموعة الأحكام س ١٨ ق ٢٠٢.

ولها أصل فى الأوراق. وعلى ذلك فيجب الابتعاد تماما عن التدليل الوهمى الذى تستند فيه المحكمة الى دليل لا وجود له بالأوراق[1].

٣- وبالاضافة الى ذلك يشترط من جهة ثالثة أن يكون استخلاص المحكمة لنتائج المستفادة من الأدلة استخلاصا سائغا وفقا لمقتضيات العقل والمنطق، فاذا تخلف هذا الاستخلاص السائغ عقلا كان الحكم مشوبا بالقصور فى الاستدلال.

ويقصد بالقصور فى الاستدلال أن تستخلص المحكمة من دليل أوردته بأسباب حكمها نتيجة لا يؤدى اليها الدليل المذكور حتما. مثال ذلك الاستناد الى دليل يؤدى الى نتيجة احتمالية غير يقينية، أو يكون الدليل يحتمل التفسير والتأويل.

ومتى كان الاستدلال سائغا عقلا ومنطقا فلا رقابة لمحكمة النقض عليه.

ويدخل تحت قصور الاستدلال الخطأ فى الاسناد وفساد الاستدلال. ويقوم الخطأ فى الاسناد حينما تذكر المحكمة فى أسباب حكمها أقوالا وردت على لسان شاهد أو على لسان المتهم لا تطابق ما هو ثابت بالأوراق.

أما فساد الاستدلال فيتحقق حينما تستند المحكمة فى حكمها الى دليل مستمد من اجراءات باطلة، أو حينما تستند المحكمة الى دليل مستمد من اجراء لم يباشر أصلا من قبل المحكمة.

٥٨- وأخيرا فان القاعدة فى الأحكام الجنائية هى تكامل الأدلة. بمعنى أن الأدلة التى يذكرها الحكم فى أسبابه تساند بعضها البعض وتتكامل فيما بينها لتدعيم النتيجة التى خلصت اليها المحكمة من حكمها وتكونت على أساسها عقيدتها. ولا يلزم أن يكون كل دليل منها يقطع فى كل جزئية من جزئيات الدعوى.

---

(١) نقض جنائى ٣٠/ ١٠/ ١٩٦٧ مجموعة الأحكام س ١٨ ق ٢١١.
- نقض جنائى ٢٢/ ١/ ١٩٦٨ مجموعة الأحكام س ١٩ ق ١٤.

غير أن هذا المبدأ لا يحول دون القول بأن العيب الذى يشوب التدليل بالنسبة لدليل معين لا يترتب عليه بطلان الحكم طالما أن الأدلة الأخرى كافية لحمل النتيجة التى خلص اليها الحكم.

والمعيار فى هذا المجال هو فيما اذا كان العيب الذى أصاب التدليل قد انصب على دليل لو استبعد لتغير رأى المحكمة أم لا.

ولما كانت الأدلة التى يسوقها الحكم فى أسبابه يفترض فيها أنها تدخل جميعها فى تكوين عقيدة المحكمة، فقد ذهبت بعض الأحكام(١) الى التقرير ببطلان الحكم كليا كلما شاب التدليل عيبا من العيوب. وذلك على أساس أنه من العسير فصل الأدلة بعضها عن بعض واستظهار مدى أثر كل منها على عقيدة القاضى.

ومع ذلك فانه اذا كان القاضى يكون عقيدته من مجموع الأدلة التى يسوقها فى أسباب حكمه الا أنه فى استطاعة محكمة النقض وهى تعمل رقابتها على الأحكام أن تستبين مدى تأثير الدليل المستبعد، لقصور تعلق به، على عقيدة القاضى فى حكمه، ومدى قيمة الأدلة الأخرى فى تدعيم النتيجة التى انتهت اليها المحكمة.

فاذا استبانت أن الدليل المستبعد كان من شأنه أن يغير عقيدة المحكمة فيما لو فطنت اليه بطلانه تعين على محكمة النقض بطلان الحكم. أما اذا لم يكن له هذا التأثير فتستبعده المحكمة دون أن تنقض الحكم.

وعلى ذلك فالقاضى وان كان حرا فى تكوين عقيدته الا أنه ملزم ببيان كيفية اقتناعه عن طريق تسبيب الأحكام، وهو فى هذا خاضع لرقابة محكمة النقض.

٥٩- واذا عدنا مرة ثانية الى السؤال السابق طرحه، والخاص بوضع سلطة القاضى التقديرية حينما يقوم باعمال القانون فى نطاق الدعوى

---

(١) نقض جنائى ١٨/ ١١/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٩ ق ١٩٦.

الجنائية. فاننا نريد ايضاح المساقات التى يمارس فيها هذا القاضى تلك السلطة.

القاضى الجنائى شأنه شأن أى قاضى يتمتع بولاية القضاء. تطرح عليه مجموع واقعى مطلوب منه أن يحسم النزاع القائم بشأنه باعمال قواعد القانون التى تستجيب موضوعيا له.

وعلى ذلك فالقاضى الجنائى يفحص الوقائع المطروحة عليه ويدرس الأدلة المقدمة اليه ويبحث عن النصوص القابلة للانطباق على الوقائع بعد أن يعطيها الوصف القانونى الذى يراه صائبا وصحيحا. ثم يعمل القاعدة القانونية على الواقع الذى يتلائم مع عناصرها وينطبق على هذه العناصر تمام الانطباق.

ولكن ما هى سلطته التقديرية، وما هو نطاقها، وما هو أساسها وما هى طبيعتها، هذه أسئلة هامة يتعين تعقبها وايجاد اجابة وافية لها.

٦٠- ١- ماهية سلطة القاضي الجنائي التقديرية:

تتلخص ماهية السلطة التقديرية الممنوحة للقاضى الجنائى حينما يفصل فى الدعوى الجنائية فى امكانية التوصل الى تكوين عقيدته من خلال ما يطرح عليه من وقائع وادلة وما يقوم به من عملية تدليل، وفيما ينتهى اليه من اعمال النص القانونى الذى يراه صاحا للاعمال على وقائع النزاع.

ومعنى ذلك أن سلطة القاضى الجنائى التقديرية فى زمن أول تنبسط على كافة عناصر الدعوى الجنائية، وعلى كل ما يلحق بها وما يتبعها. ومعنى انبساط هذه السلطة يقصد به أن نشاط القاضى الذهنى ينصب على الواقع وعلى القانون فى عملية مركبة شديدة التعقيد :

فهو يحصر اطار الدعوى الجنائية، ثم بعد ذلك يقوم بفحص الأدلة المطروحة عليه، ويزن حقيقتها وقيمتها فى الاثبات. فالقاعدة أنه حر فى تكوين عقيدته. هذه الحرية مقيدة بأنهذه العقيدة يجب أن تولد من العناصر المطروحة عليه. أى أنه حر فى تكوين عقيدته، بمعنى أن سلطته مطلقة فى

تكوين عقيدته، بشرط أن تستخلص هذه العقيدة من عناصر طرحت أمامه، لها أصل فى الأوراق، تولدت من اجراءات صحيحة. أى أن حريته فى تكوين عقيدته وان كانت فى الظاهر طليقة من أى قيد، الا أنها مقيدة فى الحقيقة بضرورة ميلادها من عناصر حددها القانون.

وحتى حينما يقوم القاضى الجنائى بتكوين قناعته بحرية كما يذهب الى ذلك جمهور الفقه والقضاء فى مصر، وحتى حينما لا يكون الدليل صريحا ودالا بنفسه على الواقعة المراد اثباتها كما تذهب محكمة النقض، فانه فى هذه الحالة الأخيرة يقوم القاضى باستخلاص ثبوت الواقعة عن طريق الاستنتاج مما يتكشف للمحكمة من الظروف والقرائنوترتيب النتائج على المقدمات.

٦١- ومعنى ذلك فى قول آخر أن الجهد الاستنباطى الذى يقوم به القاضى، لفرز الحقيقة عن الدليل المقدم اليه يجب أن يتم فى اطار ذات هذا الدليل وليس فى معزل عنه.

واذا ما استخلص القاضى الجنائى عقيدة معينة، فانه من الثابت أن تقدير القوة التدليلية لعناصر هذه العقيدة يستقل به القاضى، أى أنه يتمتع بسلطة تقديرية بشأنه. والسلطة التقديرية فى هذا المجال يستخلصها القاضى موضوعيا من كافة عناصر النزاع الشخصية والعينية، والمحكمة فى هذا الصدد هى الخبير الأعلى فى كل ما تستطيع أن تشق طريقها فيه بنفسها.

ومع ذلك فان تقدير القوة التدليلية لعناصر عقيدة القاضى مقيد بأن ينحصر هذا التقدير فى نطاق العنصر أو العناصر التى استمد منها القاضى هذا الدليل. هذا القيد يعتبر حدا يرد على الاطلاق الذى قد يتصور البعض تركه لسلطة القاضى الجنائى.

وحينما تقوم المحكمة باستخلاص الواقعة من أدلتها وعناصرها فانه يشترط أن يكون استخلاصها سائغا وأن يكون دليلها قائمة فى الأوراق. ويقصد باستخلاص الواقعة بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة واظهار العناصر القانونية للجريمة والمستخلصة من وقائع الدعوى وظروفها.

وسلطة القاضى الجنائى فى هذا المقام مقيدة بقيدين:

الأول: ما طرح عليه وكان ثابتا فى الأوراق وتم تحصيله باجراءات صحيحة.

الثانى: ما هو قائم فى النص القانونى النموذجى للجريمة.

وسلطة القاضى التقديرية تنشط بين هذين الحدين، ولا يمكن أن تتجاوزهما.

٦٢- فحينما يطرح على القاضى عناصر الدعوى الجنائية فانه من الواجب عليه أن يقوم بانزال حكم القانون لحسم هذا النزاع وتسكين المصالح المتنازعة.

ولكى يتمكن القاضى من اعمال حكم القانون فانه يقوم بنشاط ذهنى معين، هذا النشاط الذهنى له حدود واقعية وقانونية، هذه الحدود تتمثل فيما هو مطروح على القاضى من عناصر واقعية، وما هو منصوص عليه فى قانون العقوبات من عناصر قانونية. خلاصة النشاط الذهنى تتركز فى ضرورة التوصل الى اعمال العناصر القانونية على العناصر الواقعية، وبذلك ينحسم النزاع.

وسلطة القاضى التقديرية فى النهاية هى مجرد نشاط يرمى الى التوصل الى ايجاد حدث معين، هذا الحدث هو تطبيق القانون. ونشاط القاضى سبق لنا الكشف عنه فى مجال الوقائع المطروحة عليه، وحدود سلطته فى تعديل هذه الوقائع بما ينفى عنها وصف التماثل مع الوقائع المرفوعة بها الدعوى، أو بما لا ينفى عنها هذا التماثل. كما نظرنا الى هذا النشاط من خلال اعمال القاضى للتكييف القانونى، واعادة الوصف القانونى لوقائع النزاع. وفى مجال التدليل رأينا سلطة القاضى فى التوصل الى التدليل الصحيح والقيود الواردة على هذه السلطة.

والملاحظ أن كل هذا النشاط يجب أو يفترض أن يتوصل الى عين الحدث أو النتيجة المنصوص عليها فى القانون. أى أن نشاط القاضى الذى يعتبر جوهر سلطته التقديرية يجب أن يصل الى ذات الأثر القانونى

المنصوص عليه فى قاعدة التجريم، ادانة كان أو براءة، أو اعفاء من المسئولية أو اعفاء من العقاب.

واذا كان هذا النشاط، سلطة القاضى التقديرية، من الواجب أن يصل الى ذات الحدث أو النتيجة المنصوص عليها فى القانون، فان هذا الوصول يجب أن يتم من خلال ذات عناصر الدعوى وأدلتها، ولا يجوز أن يتم من خلال عناصر أخرى لا تدخل ضمن الاطار العام الذى رفضت به الدعوى الجنائية.

٦٣ - ٢ - فنطاق سلطة القاضى الجنائى التقديرية محدود بعناصر الدعوى، ولا يحق لهذا القاضى، كما لا يجوز له أن يخرج عن هذا الاطار. فان خرج عنه كان قضاؤه فاسدا.

فالواقع التى يسبغ عليها الوصف القانونى لابد أن تكون قد طرحت عليه بوجه صحيح. والدليل الذى يقدم اليه يجب أن يكون له اصل ثابت بالاوراق ويتم الحصول عليه باجراءات صحيحة، والتدليل الذى يبنى عليه عقيدته وحكمه يجب أن يستمد من الادلة التى طرحت عليه. واعمال نص القانون على هذه العناصر يجب أن يتم فى الاحوال التى تتطابق فيها هذه الوقائع الحية مع الوقائع النموذجية المنصوص عليها فى القانون. واعمال الأثر القانونى المنصوص عليه فى القانون لا يتم اذا تم التطابق بين الواقع المحدد المطروح على القانون. وبين الواقع النموذجى المنصوص عليه فى القانون.

واذا حدث خلل فى هذا التطابق كان هناك خطأ فى اعمال القانون. ناتج من الخطأ فى التكييف القانونى.

سلطة لاقاضى التقديرية هى اذن نشاط ذهنى، عقلانى. هذا النشاط ليس طليقا من أى قيد، بل هو مقيد بالعديد من القيود التى سبق الاشارة اليها. ولا يملك القاضى الجنائى أية حرية فى الخروج على هذه القيود التى تشكل نطاق هذه السلطة، أو الاطار الذى تمارس فيه هذه السلطة. هذا الاطار أو النطاق له حدين، كما سبق القول، حد واقعى، وحد قانونى.

٦٤- ولكن هل معنى هذا أن المشرع نظم من كل جهة هذا النشاط أوهذه السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى؟ نستطيع القول أن المشرع وضع الحدود اللازم مراعاتها عند ممارسة هذه السلطة بما لا يجوز الخروج عليه. وقد سبق شرح ذلك.

لكن المشرع لم يتدخل فيما يتعلق بكيفية ممارسة القاضى لنشاطه العقلى، أى كيفية ترجمة السلطة التقديرية الى وقاع منتج، فالمشرع لم يرسم للقاضى كيف يفكر، ولا رسم له كيف يشكل معادلاته الذهنية. وانماوضع حدودا، وبين ضوابطا، وحدد نتائج تترتب فور قيام مقدماتها. وظيفة سلطة القاضى التقديرية تتركز فقط فى استخلاص هذه المقدمات الموصلة الى النتائج التى حددها القانون. وأى خطأ فى استخلاص هذه المقدمات يولد خطأ مقابلا وموازيا ومطابقا فى النتيجة التى حددها القانون. هذا الخطأ النهائى يشكل مخالفة للقانون.

٦٥- ٣- سلطة القاضى التقديرية هى اذن نشاط عقلى يرمى الى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة فى عناصر النزاع، مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها فى القانون فاذا ما تمت كشف هذا التطابق فان الأثر القانونى أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز التنازع عليه.

سلطة القاضى الجنائى التقدرية، فى نشاطها قد تصيب وقد تخطئ. تصيب حينما تكشف عن المقدمات الصحيحة والمطابقة لنموذج المقدمات المنصوص عليها فى القاعدة التشريعية.

وقد تخطئ عندما تتصور لسبب أو لآخر أن المقدمات التى توصلت اليها هى المقدمات السليمة فى حين يكون العكس هو الصحيح.

الصحة أو الخطأ الذى قد يشوب اعمال السلطة التقديرية للقاضى يتولد نتيجة للفروق الفردية التى تختلف من قاضى الى آخر، ونتيجة للمستوى الذهنى الذى يختلف من قاض الى آخر.

السلطة التقديرية، بحسب طبيعتها، هى اذن نشاط عقلى أساسا يجد مجال اعماله فى نطاق عناصر مادية. هذه العناصر المادية أما مجردة ومنظمة فى نص تشريعى، واما، فى مرحلة أولى، مادية وغير منظمة تطرح على القاضى لحسم النزاع الناشىء بصددها.

٦٦- ٤- أما أساس هذه السلطة التقديرية فاننا نراه كامنا فى طبيعة وظيفة القاضى، أى أن من ضمن عناصر الوظيفة القضائية عنصر يسمى تمتع القاضى الجنائى بالسلطة التقديرية. اذ بدون هذه السلطة يتحول هذا القاضى الى آلة توضع فيها الوقائع من جهة، فتخرج من الجهة الأخرى مغلفة بنص قانونى ينطبق عليها تمام الانطباق. هذا التصور «للقاضى - الآلة» لم نصل اليه بعد، وان كان يتصور فى المستقبل مع تقدم علوم الحاسبات الآلية أن نصل اليه.

وسوف نعالج من بعد وبشكل أعمق جوهر وطبيعة وأساس السلطة التقديرية للقاضى بوجه عام. ومدى رقابة محكمة النقض على اعمال القاضى لهذه السلطة.

وتنتقل الآن الى دراسة فكرة السلطة التقديرية فى نطاق القانون المدنى.

المبحث الثالث

دراسة فكرة السلطة التقديرية

فى نطاق القانون المدنى بالمعنى الضيق

٦٧- يقصد بدراسة فكرة سلطة القاضى التقديرية فى هذا المجال حصر الدراسة فى نطاق القانون المدنى فقط دون سائر فروع القانون الخاص. ولا شك أنه من غير المجدى تخصيص دراسة مستقلة لسلطة القاضى التقديرية فى باقى مجالات القانون الخاص، كالقانون التجارى، والقانون البحرى، وقانون العمل. لأن المصالح التى يتصدى لها القاضى بالتقدير داخل هذه المجالات لاتختلف فى طبيعتها الجوهرية عن المصالح التى يعالجها القانون المدنى بالمعنى الضيق، وعلى ذلك قدراسة هذه الفكرة فى هذا المجال تكفى لاعطاء التصور المطلوب عن سلطة القاضى التقديية فى هذا النطاق.

وعلى ذلك فاننا نقسم الدراسة فى هذا المبحث الى المطالب التالية:

المطلب الأول: فى معنى سلطة القاضى المدنى التقديرية.

المطلب الثانى: فى نطاق سلطة القاضى المدنى التقديرية.

المطلب الثالث: فى أساس سلطة القاضى المدنى التقديرية.

والى تفصيل كل هذه المسائل.

المطلب الأول

فى معنى سلطة القاضى المدنى

٦٨- سلطة القاضى التقديرية فى نطاق القانون المدنى تشمل جميع المجالات التى يعالجها هذا القانون، وتغطى كافة الموضوعات التى يتناولها[١].

فالقاضى المدنى هو الذى قدر متى يخرج الايجاب فى التعاقد من مرحلة المفاوضة ومن مرحلة التعليق على شرط مثلا الى مرحلة الايجاب البات. ويتم ذلك وفقا لارادة المتعاقدين، ووفقا لظروف كل حالة. وتقرير ما اذا كان الايجاب قد وصل الى هذه المرحلة النهائية هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون.

واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد قد تم[٢].

واذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها. فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (مادة ٩٥ مدنى).

---

(١) السنهورى - الوجيز - نظرية الالتزام بوجه عام ١٩٦٦.

- محمد ابراهيم الدسوقى - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - رسالة - اسكندرية - ١٩٧٧.
- اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر ١٩٦٨، أحكام - ١٩٦٧.
- جلال العدوى - الاجبار لاقانونى على المعاوضة - رسالة - اسكندرية ١٩٦٠.
- حسن عكوش - المسئولية العقدية والتقصيرية - ١٩٧٠.
- شمس الدين الوكيل - النظرية العامة للقانون ١٩٦٣.
- عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام ١٩٥٨.
- محمد شوقى السيد - التعسف فى استعماله الحق ١٩٧٩.

(٢) نقض مدنى ١١/ ١٢/ ١٩٥٨ مجموعة النقض س ٩ ص ٧٤١.

- نقض مدنى ٣/ ٤/ ١٩٦٣ مجموعة النقض س ١٤ ص ٦٥٣.

والقاضى المدنى فى مثل هذه الأحوال لا يقتصر على تفسير العقد بل يساهم فى صنعه. والذى يبرر ذلك هو أن المسائل التى احتفظ بها المتعاقدان للاتفاق عليها فيما بعد هى مسائل تفصيلية. فافترض القانون أن نية المتعاقدين قد انصرفت الى ابرام العقد حتى ولو لم يتفقا على هذه المسائل ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها.

أما اذا كانت المسائل المحتفظ بها مسائل جوهرية، فالمفروض أن المتعاقدين قد قصدا ألا يبرم العقد قبل الاتفاق عليها. ولا شك أن تقدير جوهرية أو عدم جوهرية هذه المسائل يدخل فى سلطة القاضى التقديرية.

ويقوم القاضى أيضا بتقدير الظروف الملابسة فى السكوت لبيان دلالته على الرضاء. واذا تم العقد بطريق الاذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، هنا أيضا يقوم القاضى باعمال سلطته لاتقديرية لبيان مقدار التعسف فى الشروط، وبيان مقتضيات العدالة.

والواقع أن هذه القاعدة الواردة فى المادة ١٤٩ من القانون المدنى فى عمومها وشمولها تعطى للقاضى أداة قوية يحمى بها المستهلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار. فاذا كشف القاضى، بحسب تقديره شرطا تعسفيا فى عقد اذعان، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف. ولم يرسم المشرع للقاضى حدودا فى اعمال سلطته التقديرية الا ما تقتضيه العدالة[١].

٦٩- والقاضى هو الذى يقوم بتقدير قيام أو عدم قيام الغلط الجوهرى الذى يعيب الرضا ويجعل العقد قابلا للابطال.

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد قررت أن التدليس يجب أن يكون وليد اجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغرير بالعاقد بحيث يشوب ارادته ولا يجعله قادرا على الحكم على الأمور حكما

---

(١) السنهورى - المرجع السابق - ص ٧٧ - ٧٨.

سليما، ثم ذكرت الوقائع وأنزلت حكم القانون عليها وانتهت الى أن هذا الادعاء على فرض صحته تنقصه الأركان اللازمة لقيام الغش قانونا وأنه ليس من شأنه التغرير بالعاقد، فان الحكم يكون صحيحا لا مخالفة فيه للقانون(١).

وقضت أيضا بأن تقدير ثبوت أو عدم ثبوت التدليس الذى يجيز ابطال العقد هو من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع(٢).

والمادة ٣/١٢٧ من القانون المدنى المصرى تقضى بأن براعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل طرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه. ولقاضى الموضوع السلطة التامة فى أن يستخلص من الوقائع تقدير درجة الاكراه وهل هو مؤثر أو غير مؤثر مسترشدا فى ذلك بالمعيار الذاتى للشخص الواقع عليه الاكراه(٣).

وحينما يقوم القاضى بتقدير عناصر الاستغلال وفقا للمادة ١٢٩ من القانون المدنى، فانه ينظر فى ذلك الى ظروف كل من المشترى والبائع والى جميع الملابسات الأخرى. فالمسألة هى مسألة واقع لا مسألة قانون، وقاضى الموضوع يبت فيها دون معقب عليه من محكمة النقض، وعبء الاثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون فعليه أن يثبت الفداحة فى اختلال التعادل بين الالتزامات.

٧٠- وفى نطاق فكرتى النظام العام والآداب يظهر دور القاضى المدنى وتظهر سلطته فى التقدير. فهاتان الفكرتان هما الباب الذى تدخل منه

---

(١) نقض مدنى ٥/ ٤/ ١٩٥١ مجموعة النقض س ٢ ص ٧١٥.

(٢) نقض مدنى ٢٠/ ٢/ ١٩٦٤ مجموعة النقض س ١٥ ص ٢٦٣.

(٣) نقض مدنى ٢/ ٦/ ١٩٣٢ مجموعة عمر جـ ١ - ص ١٢٠/ نقض مدنى ١/ ٤/ ١٩٤٨ مجموعة عمر جـ ٥ ص ٥٨٥/ نقض مدنى ١٥/ ١٢/ ١٩٥٥ مجموعة النقض س ٦ ص١٥٨٢.

العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر فى القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع سنة التطور فى الجيل والبيئة.

والقاضى يكاد يكون مشرعا فى هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ومصالح أمته.

على أن فكرتين أساسيتين تسودان النظام العام والآداب:

١- فكرة المعيار الموضوعى، فالمصلحة العامة والناموس الأدبى هما معياران موضوعيان لا ذاتيان.

٢- وفكرة النسبية، فلا يمكن تحديد دائرة النظام الام والآداب الا فى أمة معينة، وفى جيل معين من هذه الأمة[١].

٧١- وتلعب سلطة القاضى التقديرية دورا بارزا ف يتفسير العقد. فاذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر، ومع ذلك فقاضى الموضوع قد يرى نفسه فى حاجة الى تفسير العبارة الواضحة.

وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض بأن المحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها. ولها بهذه السلطة أنتعدل عن المدلول الظاهر الى خلافه، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر الى خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين[٢].

وتنص المادة ١٥٠ مدنى على أنه اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى

(١) السنهورى – المرجع السابق – ص ١٥٨ – ١٥٩.

(٢) نقض مدنى ٢٤/ ١/ ١٩٥٧ مجموعة النقض س ٨ ص ٩٨/ نقض مدنى ٢٥/ ١٢/ ١٩٥٨ مجموعة النقض س ٩ ص ٨٠٨، نقض مدنى٣١/ ٥/ ١٩٦٢ مجموعة النقض س١٣ ص ٧٣٤/ نقض مدنى ٢٦/ ٣/ ١٩٦٢ مجموعة النقض س ١٥ ص ٤١٨.

الحرفى للألفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات.

ويستهدى القاضى للكشف عن هذه الارادة المشتركة للمتعاقدين بعوامل داخلية تكون فى العقد ذاته، وعوامل خارجية ليست فى العقد.

فمن العوامل الداخلية طبيعة التعامل، أى طبيعة العقد وموضوعه، فاذا احتملت العبارة معانى مختلفة، اختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد.

ومن العوامل الداخلية كذلك أنه اذا احتملت العبارة أكبر من معنى وكان أحد هذه المعانى هو الذى ينتج أثر قانونيا حملت عليه. ومن هذه العوامل كذلك أن تخصص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم. وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا.

ومن العوامل الخارجية فى تفسير العقد العرف الجارى فى التعامل فاذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها فى ضوء هذا العرف[1].

٧٢- ووفقا للمادة ١٥١ مدنى فان الشك يفسر لمصلحة المدين ونطاق تطبيق هذه القاعدة هو أن يكون هناك شك فى التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين، بأنيتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ولاترجيح لوجه على آخر.

ويلاحظ فى هذا الصدد أناستخلاص نية المتعاقدين من وقائع الدعوى على هذا النحو هو مسألة واقع لارقابة فيها لمحكمة النقض، متى كان الحكم مستمدا من أوراق الدعوى، ولا يخالف الثابت فيها[2].

والقواعد التى تحكم تفسير العقد هى قواعد قانونية، وبالتالى تعتبر من مسائل القانون، ويلتزم القاضى باتباعها تحت رقابة محكمة النقض، ويكشف

(١) السنهورى – المرجع السابق – ض ٢٣٣ و ٢٣٤.

(٢) نقض مدنى ١٩/ ٥/ ١٩٦٠ مجموعة النقض س ١١ ٣ ٤٠٦/ نقض مدنى ٢٠/ ٢/ ١٩٥٨ مجموعة النقض س ٩ ص ٢٢٣.

القاضى، ملتزما هذه القواعد، عن ارادة المتعاقدين، وله سلطة التقدير فى الكشف عنها، وهى سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض[١].

ومع ذلك فان القاضى يتقيد قانونا، ويخضع لرقابة محكمة النقض بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض فى كثير من أحكامها، ذلك أن قاضى الموضوع عندما يستخلص ارادة المتعاقدين من الواقع الذى يثبت عنده، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتا من مصادر موجودة فعلا لا وهما. ويجب أن يكون هذا الواقع غير مناقض للثابت فى الدعوى. ويجب أن يؤدى هذا الواقع عقلا لاستخلاص الواقعة التى تثبت عند القاضى.

فاذا أثبت القاضى مصدرا وهميا للواقعة، لا وجود له، أو موجودا ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو، كان حكمه مخالفا للقانون ووجب نقضه[٢].

٧٣- ويعمل القاضى المدنى سلطته التقديرية فى تحديد نطاق العقد. فالمادة ١٤٨ مدنى تنص على أن: «لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكنه يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام».

وعلى ذلك فطبيعة الالتزام تملى على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة. والقوانين المكملة والمفسرة تعين القاضى على استكمال العقد فيما تركه المتعاقدان من تفصيلات لم يتوقعاها أو تركاها لأحكام القانون. والعرف الجارى يعتبر من عوامل تفسير العقد، فهو يجرى مجرى القانون، ويكمل نطاق العقد بوجه خاص فى المسائل التجارية والبحرية.

وللقاضى أن يسترشد أيضا بقواعد العدالة فى استكمال شروط العقد لتحديد نطاقة[٣].

---

(١) نقض مدنى ٥/ ١/ ١٩٣٣ مجموعة عمر جـ ١ ص ١٦٣.

(٢) نقض مدنى ١/ ٣/ ١٩٣٤ مجموعة عمر جـ ١ ص ٣٢٨.

(٣) السنهورى - المرجع السابق ص ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨.

وفى نظرية الظروف الطارئة يقوم القاضى بتقدير توافر أو عدم توافر الشروط الواجب توافرها لقيام هذه النظرية. وهو يقدر على وجه الخصوص نطاق الارهاق الذى يصيب المدين منتنفيذ الالتزام عندما يتوافر الظرف الطارئ.

وارهاق المدين هو معيار مرن يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقا لمدين، لا يكون مرهقا لمدين آخر، وما يكون مرهقا لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين فى ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة(1).

ويرى البعض معززا ببعض الأحكام الصادرة من محكمة النقض أن: ارهاق المدين لا ينظر فيه الا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد، فتنسب الخسارة الى هذه الصفقة لا الى مجموع ثروة المدين. فاذا كان التعاقد مع الحكومة، جاز أن يكون التزام الحكومة مرهقا لها بالنسبة الى الصفقة التى عقدتها بالذات.

وان كانت الخسارة شيئا هينا بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة. بل ان الارهاق لا ينتفى حتى ولو كان المدين قد اسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها.

فاذا التزم تاجر بتوريد القمح، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافا مضاعفة، جاز له أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة، أما المكسب الذى يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ولا شأن للدائن به.

ومن هذا ذهب هذا الفقه الى أن الارهاق الواجب تقديره فى نظرية

---

(1) نقض مدنى ٨/ ١١/ ١٩٥١ مجموعة النقض س ٣ ص ٢٦.
- نقض مدنى ٢١/ ٣/ ١٩٦٣ مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧.
- قض مدنى ٢٦/ ٣/ ١٩٦٤ مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩.
- نقض مدنى ١٠/ ٥/ ١٩٦٢ مجموعة النقض س ١٣ ص ٦٢٩.
- نقض مدنى ٧/ ١٢/ ١٩٦١ مجموعة النقض س ١٢ ص ٧٥٢.

الظروف الطارئة معياره موضوعي بالنسبة الى الصفقة المعقودة، لا معيار ذاتي بالنسبة الى شخص المدين(٢).

٧٤- ومن كل ما سبق يتضح لنا مفهوم السلطة التقديرية التي يتمتع بها. القاضي المدني عند اعمال نصوص هذا القانون.

وسوف نشير أخيرا الى سلطة هذا القاضي في تقدير فكرةالخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية.

الخطأ في نطاق المسئولية المدنية هو انحراف في السلوك، ويقع هذا الانحراف اذا تعمد الشخص الاضرار بالغير، أو اذا أهمل الشخص وقصر في سلوكه فأضر بالغير دون أن يتعمد هذا الاضرار.

ومعيار تقدير الخطأ اما أن يكون ميارا ذاتيا، أو معيارا موضوعيا. ويعتمد المعيار الذاتي أساسا على شخص المعتدي، ويبحث هذا المعيار فيما اذا كان ما وقع من الشخص يعد انحرافا في سلوكه هو، اذا قد يكون الشخص على درجة كبيرة من اليقظة، فأقل انحراف في سلوكه يكون تعديا، وقد يكون الشخص دون المستوى العادي فلا يعتبر متعديا الا اذا كان الانحراف في سلوكه انحرافا كبيرا بارزا، وقد يكون الشخص في المستوى العادي، فالتعدي بالنسبة اليه لا يكون بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة.

ولا شك في عدالة المعيار الذاتي، فهو يقيس مسئولية كل شخص بمعيار فطنته ويقظته. ولكنه لا يصلح لأنيكون معيارا منضبطا وافيا بالغرض.

- فهو يقتضي أن ننسب الانحراف في السلوك الى صاحبه، وهذا أمر خفي، ويختلف باختلاف الأشخاص.

- وفيه عدالة بالنسبة لشخص المخطئ، ولكنه مجحف بالنسبة للمضرور.

---

(١) نقض مدني ١٠/ ٥/ ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٦٢٩.

- نقض مدني ٧/ ١٢/ ١٩٦١ مجموعة النقض س ١٢ ص ٧٥٢.

- التعويض هو جزاء مدنى ينظر فيه الى التعدى، وليس جزاء جنائيا ينظر فيه الى شخص المعتدى.

٧٥- وفى المعيار الموضوعى الذى يتخذ أساسا لتقدير الخطأ، يقاس الانحراف بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية فيصبح شخصا عاديا يمثل جمهور الناس. فلا هو شديد اليقظة، ولاهو محدودها، بل هو شخص معتاد.

ويقاس على سلوك هذا الشخص سلوك الشخص الذى نسب اليه التعدى، فاذا كان هذا لم ينحرف فى سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص المعتاد، فهو لم يتعد، وينتفى عنه الخطأ. أما اذا كان قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، فانه يكون قد تعدى وثبت فى جانبه الخطأ.

وهذا المعيار الموضوعى فى تقدير الخطأ الذى يبنى على معيار السلوك المألوف للشخص المعتاد، قد تجرد من جميع الظروف الذاتية الملابسة للشخص المعتدى، اذ هى ظروف داخلية ملتصقة به.

ومع ذلك. ووفقا لمعيار الموضوعى، فانه اذا تم تجريد الشخص المعتاد من جميع الظروف الذاتية الملابسة لشخص المعتدى، أى من ظروفه الداخلية، فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية التى تحيط به، اذا هى ظروف عامة تتناول جميع الناس، وأهمها ظروف الزمان والمكان.

ولا يخفى على أحد ما ينطوى عليه الأخذ بالمعيار الموضوعى من تسليم جزئى بقيام المسئولية. على فكرة تحمل التبعة.

ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة، اذا أخذ بهذا المعيار، كان عليه أنيتحمل تبعة نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادى.

فقد يكون استنفذ ما فى وسعه من جهد، وبذلك ما فى طاقته من حرص ويقظة، ولكن ذلك كله لم ينهض به الى مستوى الشخص العادى، فيعد نزوله عن هذا المستوى تعديا ويصبح مسئولا. ومسئوليته هذه وان كانت

تقوم على الخطأ بالنسبة الى المعيار الموضوعى، فهى لا تقوم على أى خطأ بالنسبة الى المعيار الذاتى.

ومن هنا يجىء تحمل التبعة. فكأن المطلوب من الناس جميعا، وهم مأخوذون بهذا المعيار الموضوعى، أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك. فمن علا عن الوسط كان علوه غنما، ومن نزل عنه كان نزوله غرما. هكذا يعيش الانسان فى المجتمع. وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه[1].

٧٦- السلطة التقديرية للقاضى المدنى هى النشاط الذهنى الذى يقوم به هذا القاضى فى فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التى تدخل هذا الواقع فى نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هى التى تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بـ لواقع والقانون سوف نكشف عنه من بعد.

المطلب الثانى

نطاق سلطة القاضي المدني التقديرية

٧٧- ليس أبلغ من النماذج، التى سبق دراستها فى المطلب السابق، فى الدلالة على شمول سلطة القاضى التقديرية لكافة النظم القانونية التى نظمها القانون المدنى.

فالقاضى المدنى يعمل باستمرار سلطته التقديرية فى نطاق نظرية العقد بأكملها. من حيث نشوء الالتزام وتقدير توافر وصحة أركانه، وشروط صحته، ويتدخل بتقدير عوارض تنفيذ هذا العقد، ويقدر المسئولية الناشئة عن الاخلال بالالتزام فى كافة عناصرها.

---

(١) السنهورى - الوسيط - ص ٥١٥.

وفى نطاق المسئولية التقصيرية وكما رأينا، يعمل القاضى المدنى سلطته التقديرية الكاملة ، فيقدر كفايتها وقيام أركانها ويستخلص كافة النتائج المترتبة عليها.

وفى نطاق الإثبات يلعب القاضى دورا كبيرا فى تقدير الأدلة وبيان حجيتها، وفى أحكام الإلتزام تدخل سلطة القاضى التقديرية إلى الساحة وتلعب دورا رئيسياً فى تقدير الأحكام المختلفة لكل التزام.

ولا نبالغ فى القول بأن عماد تطبيق القانون المدنى يرجع أساساً إلى سلطة القاضى المدنى التقديرية.

المطلب الثالث

أساس سلطة القاضي المدني التقديرية

٧٨- حينما يضع المشرع القواعد القانونية الموضوعية فأنه يهدف إلى تحقيق النظام فى المجتمع[١]، هذا النظام يتحقق تلقائيا عن طريق الاحترام التلقائى من جانب الأفراد لأوامر القانون ونواهية.

ومع ذلك فقد يختل التوازن فى النظام القانونى نتيجة مخالفة الأفراد للقانون، فهنا نجد الحاجة إلى أجبار الأفراد على احترام هذا القانون.

ونظرا لامتناع القصاص الخاص، ونظراً لتنظيم الدولة لمرفق القضاء فانه يصير من الضرورى طرح أى نزاع على القضاء لحسمه وتحديد المراكز النهائية للمتنازعين.

تحديد هذا المراكز يتم عن طريق اعمال القاضى للقانون على وقائع النزاع. والمشرع حينما يضع القواعد القانونية، فإنه ينظم الفروض التى تفرزها الحياة العملية، ويضع لكل فرض حكم قانونى، أو أثر قانونى. وعلى ذلك تتكون القواعد القانونية الموضوعية من فروض وأحكام، ويقال عادة أن

(١) حمدى عبد الرحمن – فكرة القانون – ص ٥ وما بعدها.

عناصر القاعدة القانونية هى المفترض النموذجى، والحكم أو الأثر القانونى النموذجى.

هذه القاعدة القانونية الموضوعية، تتضمن الحماية القانونية للمراكز الواقعية التى تتطابق مع مفترض ذات هذه القاعدة الذى تخيله ونظمه المشرع فى فرض نموذجى مجرد مصبوب داخل القاعدة القانونية.

والحماية القانونية الموجودة بالقاعدة القانونية الموضوعية، تظل فى مرحلة عدم المنازعة على الحقوق والمراكز القانونية، قائمة ترتب آثارها فى الردع العام، وفى أجبار الأفراد على احترام القانون تلقائيا.

فاذا ما نشب النزاع، وقبل عرضه على لاقضاء، فان هذه الحماية القانونية القائمة داخل القاعدة القانونية ترتب آثارها النفسية، لدى من يعتقد أنه صاحب حق، فى أن القانون سوف يعطيه حقه بأعمال القاضى لهذه الحماية القانونية الموضوعية.

٧٩- ومع ذلك فان ما يحققه الأثر القانونى للقاعدة القانونية الموضوعية يظل طوال هذه المراحل فرضا نظريا لا يشبع المصالح الحيوية للأفراد.

فالحمايا القانونية الموضوعية، التى تشكل الأثر القانونى للقاعدة القانونية الموضوعية، تظل، طالما لم يحكم بها القاضى، فرضا نظريا عاجزا عن تحقيق نفسه بنفسه، ومعنى ذلك أن الأثر القانونى للقاعدة القانونية الموضوعية قبل اعماله بواسطة القاضى يظل عاجزا عن اعطاء الفعالية لنفسه بنفسه، وتظل هذه الفعالية فى حاجة إلى تدخل القاضى بما له من ولاية لمنح هذا الأمر القانونى فعاليته الكاملة.

فحينما تنص المادة ١٦٢ من القانون المدنى على أن كل خطا سبب ضررا للغير يلزم مرتكبه بالتعويض.

فان هذا النص المجرد. حتى قبل وقوع الخطأ وتحقق الضرر وتوافر رابطة السببيه. يظل قائما مولدا آثاره فى الردع العام.

فاذا ما وقع الخطأ وحدث الضرر لنتيجة الخطأ. فإن هذه القاعدة تلزم المسئول بدفع التعويض. دفع التعويض هذا هو الأثر القانونى للقاعدة الموضوعية، الزام المسئول بدفع التعويض المنصوص عليه فى هذه القاعدة يظل قائما، فى المرحلة السابقة على طرح النزاع على القاضى، كفرض نظرى، وبالتالى اذا قام المسئول بتعويض المضرور اختيارا كان بها ويقال هنا أن القانون نفذ تنفيذا اختياريا دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

وفى الفرض الذى يرفض فيه المسئول تعويض المضرور، يقال هنا أن القاعدة القانونية الموضوعية عاجزة بذاتها عن اعطاء الفعالية لأثرها القانونى.

وعلى ذلك فالحماية القانونية الموضوعية لا تعطى بذاتها فعالية لنفسها، بل لأبد من تدخل القاضى لاعطائها هذه الفعالية.

فعن طريق طرح النزاع القائم على القضاء، يقوم الخصوم بطرح مجموعة الوقائع الحية التى أفرزتها الحياة الاجتماعية على القاضى.

هذا الاخير بما له من ولاية القضاء، أى بما له من سلطة اعمال القانون على وقائع النزاع يقوم بعمل معقد شديد التعقيد، فهو يفحص الوقائع، وهو مقيد بالوقائع، لا يستطيع أبدا تجاوزها، وهو يبحث فى اثبات هذه الوقائع، ويستخلص المنتج منها ويستبعد غير المنتج، ثم هو يعطى التكييف القانونى لهذه الوقائع، أى يطابق بينها وبين ما هو ثابت فى الفرض النموذجى المجرد القائم فى القاعدة القانونية الموضوعية.

فاذا ما تطابق الواقع المحدد مع الواقع المجرد، فان الأثر القانونى الكامن فى القاعدة القانونية الموضوعية ينطلق ليمنح المحكوم له الحماية القانونية التى تعززت بالحماية القضائية.

هذه الحماية القضائية هى التى تعطى الأثر القانونى الكامن فى القاعدة القانونية الموضوعية كامل فعاليته.

ومن هنا نقول بأن عجز القاعدة القانونية الموضوعية عن تحقيق نفسها بنفسها، يتحول الى فعالية للقاعدة بتدخل الحماية القضائية.

والحكمة من ذلك ترجع الى أن تدخل الحماية القضائية يؤدى الى التأكد من توافر المقتضيات اللازمة لاعمال القاعدة القانونية الموضوعية. وبما أن الحماية القضائية تصدر عن شخص يعلم القانون وملزم بتطبيقه، فان فعالية القاعدة القانونية الموضوعية لن يخشى منها، ولن تهدد مصالح أخرى جديرة بالرعاية، وسوف يتحد نطاقها بعناصر النزاع الذى طرح على القاضى وقام بتكييفه واعمال القانون بصدده.

٨٠- ولكن ما هو أساس وجوهر سلطة القاضى المدنى التقديرية؟.

أساس سلطة القاضى التقديرية كما سوف نرى من بعد يرجع فى اعتقادنا الى ضرورة اعطاء الفعالية لأثر القاعدة القانونية الموضوعية. هذه الفعالية لن يكون لها أثر الا اذا قرر القاضى ذلك، فى الأحوال التى لا يطبق ويحترم فيها الأفراد القانون تلقائيا.

فعالية الأثر القانونى للقاعدة القانونية لكى تنطلق وتشبع مصالح الأفراد لابد أن ينطق بها القاضى فى حكم أو عمل قضائى. ولكى يفعل القاضى ذلك لابد من أن يقوم بنشاط ذهنى للتأكد من توافر مقتضيات اعمال هذا الأثر القانونى. ومن عناصر هذا النشاط تقدير صحة الوقائع، وكونها منتجة أو غير منتجة، وكونها مطابقة أو غير مطابقة للنموذج التشريعى الكامن فى القاعدة القانونية الموضوعية.

سلطة القاضى التقديرية تجد أساسها فى ولاية القضاء الممنوحة للقاضى.

وفيما يتعلق بجوهر سلطة القاضى المدنى التقديرية فيمكن القول فى هذا المقام، وسنعود الى ذلك بتفصيل أوفى من بعد، بأن هذه السلطة تتلخص فى

القيام بمجموعة جهود ذهنية بهدف تقدير امكانية توليد نزاع ما لأثر قانونى معين.

ومعنى ذلك أن سلطة القاضى المدنى التقديرية، بوجه عام، ترمى الى التوصل الى ما اذا كان النزاع المطروح عليه فى وقائعه المادية وعناصره الواقعية يعتبر صالحا أو غير صالح لتوليد الأثر القانونى الذى يطلبه المتقاضون أم لا.

وسنرى من بعد تفصيلا أوفى لهذه المسألة.

المبحث الرابع

دراسة فكرة السلطة التقديرية للقاضى

فى نطاق قانون المرافعات

٨١- يتكون عالم القانون، كما هو معروف، من القواعد القانونية، والأشخاص القانونية، ووضع القواعد القانونية وتطبيقها يفترض تدخل أجهزة مختصة بوسائل وطبقا لشروط تحددها فكرة الاختصاص، أى الاختصاص بوضع القواعد، والاختصاص بتطبيق هذه القواعد.

والسلطة بوجه عام تعنى مباشرة الاختصاصات، أى أنها عبارة عن ترجمة هذا الاختصاص الى واقع ماموس، كما أن السلطة تترجم الى عمل أى الى تنفيذ لهذا الاختصاص.

وعلى ذلك لا يقال أن اختصاص القاضى هو اختصاص تقديرى، بل يجب القول أن سلطة القاضى تكون أو لا تون تقديرية، ذلك لأن الاختصاص هو الحد الخارجى للسلطة، بينما تشير السلطة الى مادة العمل ذاته.

وعلى ذلك يتعين استعمال لفظ سلطة مقيدة، أو سلطة تقديرية، واستعمال سلطة التقدير الموضوعى، أو سلطة التقدير الشخصى.

والسلطة سواء كانت تقديرية أو مقيدة ليست فى نهاية الأمر الا وسيلة أوأداة لتحقيق حكم القانون.

والسلطة تكون مقيدة عندما توجد شروط معينةلمباشرتها، وتكون تقديرية حينما يترك المشرع لها مجالا حرا للتقدير.

وعلى ذلك يمكن القول بأن السلطة تكون تقديرية حينما يترك للقاضى عادة الحرية لتقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين.

ويجب أن نلاحظ مرة ثانية أن السلطة التقديرية للقاضى لا تمارس فى

مجال القانون بل فى وسائل تطبيقه، أى فى مجال الواقع وذلك كما سوف نرى من بعد.

وسوف نرى فى تطور لاحق أن طبيعة السلطة التقديرية تكون واحدة سواء فى مجال القانون الخاص أو العام.

فهى مكنة وخرية لمواجهة ظروف تطبيق القانون.

والسلطة التقديرية تؤدى نفس الوظيفة أيا كان النطاق القانونى الذى تعمل فيه، فهى تودى الى تلبية ضرورات ومفاجآت بابتداع الحلول المناسبة.

والقضاء يصدر عن أساس واحد للسلطة التقديرية وهو سلطة التحديد الذاتى اللازم لاعمال القانون.

وامتناع محكمة النقض عن رقابة السلطة التقديرية يرجع الى أن هذه المحكمة تواجه بحقيقة موضوعية تعترض رقابتها، ويقصد بهذه الحقيقة ذات السلطة التقديرية المخولة لقاضى الموضوع.

فعدم الرقابة القضائية ليس سببا لقيام السلطة التقديرية ولكنه نتيجة للتسليم بها.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى المطالب التالية:

المطلب الأول: نطاق سلطة القاضى التقديرية فى قانون المرافعات.

المطلب الثانى: جوهر سلطة القاضى التقديرية فى قانون المرافعات.

المطلب الثالث: أساس وطبيعة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق قانون المرافعات.

والى تفصيل كل هذه المسائل.

المطلب الأول

نطاق سلطة القاضى التقديرية

فى قانون المرافعات

٨٢- نطاق سلطة القاضى التقديرية فى مجال قانون المرافعات واسع كل السعة. فهو الذى يقدر الحالات التى يجوز فيها الاعلان أو التنفيذ فى غير الاوقات المنصوص عليها فى المادة السابعة من قانون المرافعات.

وهو الذى يقدر أوجه امتناع المحضر عن الاعلان وفقا للمادة الثامنة من قانون المرافعات.

والقاضى هو الذى يقدر تعمد أو عدم تعمد الخصم فى عدم ذكر موطن صحيح بقصد عدم وصول الاعلان لخصمه وفقا للمادة ١٤ من قانون المرافعات.

وهو الذى يقدر تحقق الغاية من الاجراء أو عدم تحققها وفقا للمادة ٢٠ مرافعات.

ويقوم القاضى بتقدير توافر أو عدم توافر عناصر اجراء آخر عندما يقضى بتحول الاجراء الباطل الى اجراء صحيح وفقا للمادة ٢٤ مرافعات.

وهو الذى يقدر مدى ابتناء اجراء على اجراء آخر باطل حتى يقضى ببطلان الاجراء الأول وفقا للمادة ٣/٢٤ من قانون المرافعات.

وهو الذى يقدر متى يعتبر الطلب مندمجا فى الطلب الأصلى وبالتالى تقدر قيمة الدعوى بقيمة الطلب الأصلى وحده، ويكون الحكم الفاصل فى الطلب الأصلى فاصلا فى ذات الوقت فى الطلب المندمج (مادة ٣٨/ ٢).

وتنص المادة ٣٨/ ١ من قانون المرافعات على أنه اذا تضمنت الدعوى طلبات متعددة ناشئة عن سبب واحد كان التقدير باعتبار قيمتها جملة، والذى يقوم بتقدير وحدة السبب أو تعدده هو القاضى.

ووفقا للمادة ٤٥ من قانون المرافعات يقوم القاضى بتقدير عنصر الاستعجال فى الدعاوى المستعجلة.

ويقدر القاضى أيضا فكرة الارتباط وفقا للمادة ٤٦/ ١ مرافعات. ووفقا للمادة ٨٢/ ١ مرافعات يقدر القاضى مدى صلاحية الدعوى للحكم فيها والا يقرر شطبها.

وتنص المادة ١٠١ من قانون المرافعات على أن تكون المرافعة علنية الا اذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم اجراءها سرا، ويتولى القاضى تقدير هذه الاعتبارات.

والقاضى هو الذى يقدر الحكم فى الدفوع على استقلال، أو يأمر بضمها الموضوع (مادة ١٠٨/ ٢ مرافعات).

وهو الذى يقدر قيام المصلحة فى أى طلب أو دفع (مادة ٣ مرافعا). ويقدر القاضى مدى توافر انتفاء أو قيام الصفة كأساس لقبول الدفع بعدم القبول أو رفضه (مادة ١١٥/ ٢ مرافعات).

والمحكمة هى التى تقدر اعتبارات العدالة أو اظهار الحقيقة لكى تأمر من تلقاء نفسها بادخال من ترى فى الخصومة، (مادة ١١٨/ ١ مرافعات).

وحينما تحدد المادة ١٢٤ من قانون المرافعات الطلبات العارضة التى يجوز للمدعى تقديمها، فان سلطة القاضى التقديرية تجد مجالا واسعا لتقدير ما يعتبر من هذه الطلبات متضمنا تصحيحا للطلب الأصلى، وما يعتبر مكملا له، ومدى الاضافة أو التغيير الذى يحدثه فى الطلب الأصلى.

ونفس القول يصدق بالنسبة للطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه وفقا للمادة ١٢٥ مرافعات.

والمادة ١٢٩ مرافعات تعطى للقاضى سلطة تقديرية واسعة فى الأمر بوقف الدعوى كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم.

٨٣- وتمنح المادة ١٨٦ من قانون المرافعات القاضى سلطة تقديرية واسعة فى توزيع عبء مصاريف الدعوى.

والمحكمة هى التد تقدر م اذا كان الحكم المطعون فيه مباشرة صادرا أثناء سير الدعوى. وما اذا كان منهيا لكل الخصومة أم لا (٢١٢ مرافعات).

والمحكمة هى التى تقدر ما اذا كان الحكم النهائى صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الأمر المقضى أم لا (مادة ٢٢٢).

والمحكمة تقدر ما اذا كان الحكم قد صدر بناء على غش وقع من الخصم أو بناء على ورقة مزورة أو بناء على شهادة زور، أو بسبب عدم اظهار ورقة قاطعة فى الدعوى، لكى يتحدد اليوم الذى يبدأ فيه ميعاد الطعن (مادة ٢٢٨ مرافعات).

والمحكمة هى التى تقدر نطاق الأثر الناقل للاستئناف (مادة ٢٣٢).

وهى التى تقدر متى يكون الطلب جديدا فى الاستئناف (مادة ٢٣٥).

وهى التى تقدر مدى بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله عندما يتغير سببه لأول مرة أما محكمة الاستئناف.

وهى التى تقدر مدى قيام الكيد عندما تتصدى لنظر التعويض عن رفع الاستئناف الكيدى (مادة ٢٣٥).

وتقوم المحكمة بتقدير أوجه الطعن بالتماس اعادة النظر المنصوص عليها فى المادة ٢٤١ من قانون المرافعات.

ويتمتع القاضى سواء كان قاضى تنفيذ أو قاضى موضوع أو قاضى طعن بسلطات واسعة فى تقدير الحاجة الى اصدار الأمر أو الحكم بوقف التنفيذ الجبرى مؤقتا.

ومحكمة النقض تقدر بنفسها مدى صلاحية الموضوع للفصل فيه عندما تعمل حقها فى التصدى لنظر الموضوع (مادة ٢٦٩/ ٤).

والقاضى يتمتع بسلطات تقديرية واسعة فى تحديد الحالات التى يجوز شمولها بالنفاذ المعجل القضائى (مادة ٢٩٠ مرافعات).

والقاضى يتولى تقدير ما اذا كان الاشكال المرفوع اليه هو أول اشكال أم أنه يعد غير ذلك.

والاستطراد فى ضرب الأمثلة يمكن أن يستمر الى ما لا نهاية، وهذا ما يقطع بأن نطاق السلطة التقديرية تمتد لتشمل اعمال كافة القواعد القانونية الاجرائية التى تخلو من التقييد وتمنح القاضى سلطة واسعة فى التقدير.

ونعالج فى المطلب التالى جوهر ومضمون سلطة القاضى التقديرية فى نطاق قانون المرافعات.

المطلب الثانى

جوهر ومضمون سلطة القاضى التقديرية

فى نطاق قانون المرافعات

٨٤- من النماذج السابق ضربها فى المطلب الأول من هذا المبحث ثبت لدينا وجود العديد من النصوص التى تخول للقاضى سلطة تقديرية يستعملها عندما يقوم بعمله القضائى[1].

(١) عزمى عبدالفتاح - بسبيب الأحكام وأعمال القضاة - ط ١ س ١٩٨٣.
- ابراهيم نجيب سعد- القانون القضائى الخاص - جـ ٢ س ١٩٨٠.
- أبو الوفا - التعليق على نصوص قانون الاثبات - س ١٩٧٨.
- Ch.perelman: La motivation des décisions de justice. 1978.
- محمد محمود ابراهيم - التكييف القانونى للدعوى القضائية ١٩٨٢.
- السنهورى - الوجيز فى القانون المدنى.
- سليمان مرقص - فى طرق الاثبات جـ ٤ فى قواعد تقييد الأدلة واطلاقها - ١٩٧٤ - مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية.
- Marcelo. Stati : le standard juridique thése, paris 1927.

ويرى البعض أن سلطة القاضى التقديرية ترتبط أوثق. الارتباط بتحديد دور ارادة القاضى فى تكوين العمل القضائى.

ويرى هذا الفقه أنه اذا نظرنا الى العمل القضائى من وجهة نظر القانون الموضوعى، فان هذا العمل يقتصر - بحكم وظيفته الكاشفة - على تقرير حقائق قائمة، هى مراكز القانون الموضوعى. وبالتالى يعتبر العمل القضائى ككل مجرد نشاط ذهنى ارادى لاكتشاف حقائق موجودة فعلا.

وبالتالى فالعمل القضائى يعتبر اعلان عن ارادة القاضى يقرر مجرد تقرير ارادة القانون.

وينتقد البعض هذا الفكر على أساس أن فى هذا القول خلط بين الاية والوسيلة. فغاية العمل القضائى هى كشف المراكز الموضوعية المجهلة. أما العمل القضائى نفسه بما فيه من تقرير أو انشاء أو غيره فما هو الا وسيلة يضعها القانون الاجرائى لتحقيق هذه الغاية.

٨٥- ووفقا لقانون المرافعات فان ما يعرض على القاضى ليس هو المراكز القانونية الموضوعية للخصوم، وانما هو آراء الخصوم عن هذه المراكز الموضوعية، وذلك فى صورة ادعاءات.

ويقوم القاضى من خلال الاجراءات بنشاط ذهنى وتقديرى الهدف منه هو تقييم ادعاءات الخصوم مقيدا فى هذا بقواعد القانون الموضوعى والأدلة المقدمة اليه كمعايير لهذا التقييم. ويصل القاضى بهذا النشاط الى تكوين رأى قانونى فى ادعاءات الخصوم، وهذا هو الرأى القضائى.

- Vizioz: Etudes de procédure. 1956.
- Vincent: précis de procédure civile. 18 ém éd.
- Le fait et le droit: Etude de logique juridique. 1961.
- Motulsky: Ecrits. Etudes et notes de procédure civile. 1973.
- M. P. Fabreguettes: la logique judiciaire. 1926.

هذا الرأى القضائى لكى يفرض على الخصوم لابد من تزويده بالقوة اللازمة لذلك، لهذا أسبغ القانون على هذا الرأى قوة قانونية معينة وهذه القوة هى التى تكسب الرأى القضائى صفته الموضوعية.

هذا الأمر القضائى هو أمر جديد لم يكن قائما قبل الحكم الصادر. وهو ليس أمر للخصوم بسلوك معين. وانما هو أمر بأن يعتد الخصوم فى سلوكهم الموضوعى بالرأى القضائى دون رأيهم الذاتى[1].

٨٦- والعمل القضائى مضمونه النهائى هو أمر من القاضى، أى هو اعلان على ارادة آمرة للقاضى. والرأى القضائى يعتبر محلا لارادة القاضى.

واذا كان ذلك كذلك فان الرأى القضائى يعتبر مفترضا فى تكوين ارادة القاضى، أى أن الرأى القضائى يعتبر مفترضا فى تكوين الارادة الآمرة للقاضى.

والقانون لا يترك القاضى حرا تماما فى تكوين الرأى القضائى. وانما يورد على هذا الرأى العديد من القيود الاجرائية والموضوعية. ومع ذلك فالملاحظ أن هذه القيود لا ترد على الرأى القضائى فى كافة تفاصيله، وانما يتمتع القاضى فيه بسلطة تقديرية تتفاوت بتفاوت القضايا.

والقانون الوضعى يعتد بارادة القاضى وذلك فى الأحوال التى يترك فيها للارادة مجالا حرا للعمل، وهو ما يطلق عليه السلطة التقديرية.

وهذه السلطة التقديرية تتميز بأن ارادة العضو لا تكون حرة فى تحديد غاياتها، وانما لها فقط حرية اختيار السلوك الملائم للغايات التى يحددها القانون.

---

(١) وجدى راغب - النظرية العامة فى العمل القضائى، ص ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٥.

- Vizioz. Etudes de procédure. p. 75 et s.

- Le fait et le droit. Etudes de logique juridique - p.p. 78 et s.

- فتحى والى. نظرية البطلان فى قانون المرافعات. ص ٨٠ وما بعدها.

ولا تعنى السلطة التقديرية عدم خضوع النشاط تماما للتنظيم التشريعى، وانما يمكن أن يقيدها المشرع فى شكلها، أو سببها، أو محلها، ويترك مجالا تقديريا جزئيا فى اصدارها أو مضمونها.

وارادة القاضى تكون مستقلة بالقدر الذى تتمتع فيه بسلطة تقديرية، لأنها تفرض حينئذ بنفسها لنفسها قاعدة سلوكها. قاعدة السلورك هذه تستمدها من طبيعتها الذاتية ومن الأهداف الموضوعية التى ترمى اليها.

أى أن السلطة التقديرية للقاضى تستمد من طبيعة ارادة القاضى ومن الأهداف التى يرسمها القانون الموضوعى لهذه السلطة[١].

٨٧- وحيث تنعدم السلطة التقديرية وذلك فى الأحوال التى يكون نشاط القاضى فيها منظما منقبل القانون فى جميع عناصره، فاننا لا نكون بصدد اعلان عن ارادة القاضى، وانما مجرد عمل ارادى. هذا الأخير يقتصر على اعلان ارادة المشرع.

وسلطة لاقاضى التقديرية تثير العديد من المشاكل التى تتصل بعضها بفلسفة لاقانون، وفكرة العدالة، كما أن هذه السلطة تثير مشكلة وجود فراغ فى النظام القانونى، وكيفية وسائل ملء هذا الفراغ[٢]. بل ان وجود السلطة التقديرية ذاته والاعتراف بها للقاضى قد أثار الجدل.

فذهب اتجاه الى القول بأن جميع نشاط القاضى يكون مقيدا دائما بارادة المشرع، وحتى فى الحالات التى يقضى فيها وفقا للعدالة، فانه لا يستمد الحكم من نفسه وانما من قاعدة قانونية موضوعية غير مكتوبة توجد فى ضمير الجماعة ويبحث عنها القاضى وفقا لظروف الزمان والمكان.

---

(١) وجدى راغب. المرجع السابق. ص ٣٣٠.

- ابراهيم سعد. القانون القضائى الخاص. جـ ١ ص ٦٧٢.

- M. P. Fabreguette: L'art de juger. p. 250.

(٢) وجدى راغب - المرجع السابق. ص ٣٣٢، ٣٣٣، وهامش ٢ من ص ٣٣٣.

وذهب اتجاه آخر في الفقه الى القول بأن القاضى يباشر نشاطا حرا خلاقا دائما، وذلك نظرا لأن التشريع لا يمكن أن ينظم كافة مظاهر الحياة الواقعية فى تنوعها وتجددها.

ويلاحظ أنه حتى فى نطاق هذا الاتجاه، فان أنصاره يميزون بين البحث العلمى الحر والسلطة التقديرية للقاضى.

فالأول يرمى الى تفسير القانون بانشاء فردى لقواعد جديدة على أسس علمية. وبوسائل الصنعة القانونية المقبولة(١).

بينما ترمى السلطة التقديرية الى تطبيق القانون الوضعى، باصدار الأحكام وفقا لأسباب المنفعة والملائمة.

ومن جهة ثالثة فقد ذهب اتجاه ثالث الى القول بأن القانون الوضعى يعترف للقاضى بحرية تقدير فى نطاق معين.

٨٨- ويرى الفقه أن السلطة التقديرية للقاضى لا مجال لها فيما يتعلق بتفسير القانون لتحديد مضمون القاعدة القانونية وتطبيقها. بينما يرى البعض أن للقاضى سلطة تقديرية فى ذات هذه الأحوال وذلك حينما تشتمل القاعدة القانونية على معايير مرنة فى وصف الوقائع(٢).

وعلى العكس من ذلك يكون للقاضى سلطة تقديرية عندما يفصل فى

---

(١) راجع فى نفس الفكرة :

- Marcelo. Stati: le Standard juridique, Thése, Paris, 1927, p. 45 et s.

- Al-Sanhoury: Les restrictions contractuelles - á la liberté individuelle de travail, thése, Paris. 1925. p. 58.

- Geny. Méthode d'intérpretation T. II. p. 75.

(٢) السنهورى. الوسيط. جـ ١ ص٨٩ مشار اليه فى وجدى راغب - الرسالة - ص ٣٣٥ - هامش ٢.

الدعوى وفقا للعدالة، أو عندما يخوله المشرع صراحة حرية تحديد أو اختيار أثر واقعة أساسية معينة.

مثال ذلك أن يخول المشرع للقاضى سلطة تقدير التعويض العادل، أوالمناسب فى حالة الدفاع الشرعى، أو فى حالة الضرورة، أو استكمال مضمون العقد وفقا للعدالة.

ويطلق الفقه الايطالى على الأحكام الصادرة فى مثل هذه الأحوال أسم رأى العدالة. تمييزا لها عن رأى الشرعية، أو الرأى وفقا للقانون.

ويقصد بأحكام العدالة الأحكام التى يخول للقاضى فيها سلطة وضع أوتكملة التقييم الموضوعى الذى يبو له أكثر عدلا أو ملاءمة للحالة المعروضة عليه.

ومن جهة أخرى يستخدم تعبير الأحكام المحددة فى الحالات التى تقتصر فيها حرية القاضى فى لتقدير على بعض عناصر التنظيم الموضوعى للحالة الخاصة[1].

٨٩- وبالنسبة للاعتراف للقاضى بمبدأ السلطة التقديرية فاننا نلاحظ أن بعض عناصر الفقه الإيطالى قد تصدت بالانكار الكامل لوجود هذه السلطة لدى القاضى، وذلك على أساس أن سلطة القاضى هى دائما سلطة مقيدة.

فذهب هذا الفقه الى أنه لا يمكن تشبيه سلطة القاضى بسلطة رجل الادارة التقديرية، لأن الأول لا يستلهم فى سلطته اعتبارات الملاءمة التى يستلهمها الثانى. فالقاضى يهدف الى غاية العدالة اللصيقة بوظيفته.

وحتى فى الحالات التى يمنحه فيها القانون سلطة يمكن اعتبارها سلطة

(١) وجدى راغب - الرسالة - ص ٣٣٦. ويلاحظ أن تقسيم الأحكام الى مقررة ومنشئة وأحكام بالزام يقوم على ما يرتبه الحكم ذاته من آثار. أما تقسيم الأحكام الى أحكام متصرفة ومقيدة فيقوم على مدى سلطة القاضى فى الحكم ازاء القاعدة القانونية، والأحكام المتصرفة هى ما يسمى بأحكام العدالة.

تقديرية، فانها، وفقا لهذا الرأى لا تكون سلطة تقديرية حقيقية، لأن القاضى دائما يطبق القانون وهو مقيد بنصوصه. وحتى لو كان القاضى يختار بين تحديدات مختلفة كالقاضى الجنائى الذى يحدد العقوبة بين حدها الأقصى والأدنى فان ارادة القانون هى التى تخصص هذه السلطة[1].

وذهب البعض الآخر من الفقه الايطالى فى مجال معارضته لمنح القاضى إية سلطة تقديرية الى القول بأنه فى الحالات التى يدل ظاهرها على أن القاضى يمارس سلطة تقديرية، فاننا لا نكون فى الواقع ازاء ممارسة لأية سلطة قضائية.

ومعنى ذلك أن القاضى فى مثل هذه الحالات اما أنه يقوم بوظيفة المشرع أو بوظيفة ادارية. فالقاضى يقوم بوظيفة المشرع حيث يضع أمرا موضوعيا جديدا، أو يقوم بتكملة رابطة قانونية منظمة بطريقة غير كاملة.

٩٠- وحينما يمنح المشرع القاضى سلطة معينة فى تكملة شروط العقد، فان هذه السلطة تعتبر بلا شك سلطة تقديرية. ومع ذلك فقد أنكر الفقه السابق هذه السلطة على القاضى، وذلك بناد على أن القاضى فى مثل هذه الحالات انما يحل هنا تنازعا اقتصاديا على أساس اعتبارات الملاءمة، فهو لا يحل تنازعا قانونيا يقرر فيه وجه العدل بين الطرفين.

وحتى فى الأحوال التى يخول القانون الاجرائى فيها القاضى حرية تقديرية فى نشاطه الاجرائى، فقد أنكرها أيضا هذا الفقه على أساس:

أنها تكون حرية داخلية بحتة فى التفكير، أو أنها تتعلق بشكل العمل.

ومن جهة أخرى فان القاضى يطبق القانون الاجرائى حتى فى الحالات التى منحه فيها هذا القانون سلطات أو رخص تقديرية فى مباشرتها[2].

---

(١) وجدى راغب - الرسالة - ص ٣٣٧ و ٣٣٨. ونحن هنا نعرض بتصرف وبمنهج مختلف خلاصة رأى الفقه الايطالى المعارض للاعتراف للقاضى بأية سلطة تقديرية.

(٢) راجع فى التفاصيل عن الفقه الايطالى. وجدى راغب. الرسالة. ص ٣٣٩.

٩١- والى جانب هذا الفقه المعارض لمنح القاضى أو الاعتراف له بأية سلطة تقديرية، فقد ذهب فريق آخر من الفقه الى تأييد وتأكيد السلطة التقديرية للقاضى.

وأساس هذا الرأى هو الآتى:

١- ان ما يميز السلطة التقديرية للقاضى هو قدرة العضو على تحديد نشاطه بالطريقة الأكثر ملاءمة لأهداف وظيفته. فهدف وظيفة القاضى هو كفالة السير المنظم للحياة الاجتماعية.

بوناء على ذلك فالقاضى هو الذى يقدر النشاط الأكثر ملاءمة للاشباع المحايد للمصالح المتعارضة. ويظهر ذلك فى الأحوال التى يحكم فيها القاضى وفقا للعدالة، لأن العدالة هنا تعبر عن عدل الحالة الفردية. وهذا يعنى اختيار الحل العادل بالنسبة لخصوصيات الحالة الواقعية.

٢- تعنى السلطة التقديرية للقاضى التصرف فى الحالة الخاصة بالطريقة الأكثر ملاءمة لهدف الوظيفة. وهذه السلطة توجد فى كافة فروع القانون التى لا تنظمها قواعد خاصة آمرة.

٣- والقاضى حينما يصدر أحكامه بناء على ما له من سلطة تقديرية، فان هذه الأحكام تصدر منه وفقا لسلطته القضائية. ومعنى ذلك أن القاضى هنا لا يقوم بعمل المشرع، فهو لا يضع قاعدة قانونية جديدة، وانما هو يقوم بعمل تقديرى بهدف تحديد مضمون ارادة قانونية قائمة.

وهو بهذا النشاط التقديرى يرمى الى تحقيق غاية العمل القضائى وهى المصلحة العامة.

٤- وفيما يتعلق بالحرية التقديرية التى يمنحها القانون الاجرائى للقاضى. فقد دافع عنها أنصار هذا الرأى على أساس أن مثل هذه الحرية كسلطة تقديرية لا تعتبر حرية داخلية بحتة فى التفكير. ذلك أن نشاط

القاضى الاجرائى انما يتخذه هذا الأخير بناء على واجبات فى الرابطة الاجرائية. وحرية القاضى فى هذا المجال يكون محلها وقت هذه الاجراءات ومضمونها، أى عناصرها الجوهرية.

٥- وعندما يخول المشرع القاضى حرية تحديد وقت ومضمون الاجراء. فان القاضى يجب أن يتصرف بالطريقة الأكثر ملاءمة للغاية المباشرة من هذا الاجراء.

هذه هى النظريات المعارضة والمؤيدة لسلطة القاضى الاجرائى التقديرية(١).

٩٢- والذى يجب التركيد عليه فى هذا المجال هو أن سلطة القاضى التقديرية تكون كلا لا يقبل التجزئة، فهى واحدة، سواء كنا فى مجال القانون الموضوعى أو فى مجال القانون الاجرائى. فالعمل الاجرائى يهدف الى كشف المراكز الموضوعية المجهلة.

«فالعمل القضائى مقيد أساسا من القانون الاجرائى. وهو من هذه الناحية عمل شكلى، يفرض له القانون شكلا اجرائيا معينا. ولكن هذا الشكل لا يستغرق العمل كله. بل هو وسيلة لتكوين مضمون معين والتعبير عنه.

وارادة القاضى ليست حرة فى اختيار المضمون الذى تراه ملائما لأهداف وظيفتها. فوظيفة القاضى هى كشف المراكز التى ينظمها القانون الموضوعى. ولذا يلزمه القانون الاجرائى بأن يتخذ قواعد القانون الموضوعى أساسا لمضمون نشاطه.

وهكذا يتقيد العمل القضائى أيضا فى مضمونه، بحكم غايته القانونية، بقواعد القانون الموضوعى»(٢).

---

(١) وجدى راغب. الرسالة. من ص ٣١٥ الى ص ٣٢٩.
(٢) وجدى راغب. الرسالة. ص ٣٤٠.

والخلاصة التى يصل اليها هذا الرأى هى أن العمل القضائى يصير عملا مقيدا فى كل عناصره الشكلية والموضوعية.

والقانون، سواء كان اجرائى أم موضوعى، ليس مجرد حد خارجى للعمل القضائى، بل هو غاية العمل وأساسه. وبمعنى آخر فان العمل القضائى هو وليد النظام القانونى، ولذا يوجد أصلا مقيدا بقواعده.

ومظاهر هذا التقييد تتجلى فى أن القانون الاجرائى يقيد القاضى بالمطالبة القضائية، ويقيده بالقواعد المنظمة للاجراءات، ويقيده بقواعد الاختصاص، ويقيده بوقائع النزاع وغيره ذلك من أوجه التقييد المعروفة.

واذا كان هذا الرأى يندرج صراحة مع الرأى الذى ينكر على القاضى أية سلطة تقديرية، فانه يرى أنه استثناد من هذا الأصل العام فى تقييد سلطة القاضى، فان هذا الأخير يتمتع ببعض السلطة التقديرية استثناء وذلك لعى التفصيل التالى:

٩٣- وقبل أن يستعرض هذا الاتجاه نطاق السلطة التقديرية التى يعترف بها استثناء للقاضى، يرى أنه يجب أن يستبعد من هذا النطاق مسألة تفسير القواعد القانونية، ومسألة التكييف القانونى للوقائع الأساسية. ففى مثل هذه الحالات لا يتمتع لاقاضى بأية سلطة تقديرية، بمعنى أن القاضى ليس حرا فى أن يريد أو لا يدريد وفقا لتقديراته للعدالة أو الملاءمة. وانما هو يقدر فعلا ما يراه المشرع وفى سبيل ذلك يقوم بعمليات منطقية أو تقديرات فنية.

ومن جهة أخرى يخرج هذا الرأى من نطاق السلطة التقديرية للقاضى ما قد يقوم به من تقديرات اقتصادية، كتقدير قيمة الدعوى، لأن قانون المرافعات يرسم بدقة كيفية هذا التقدير. كذلك يخرج من هذا النطاق تقدير التعويض عن الضرر، لأن القانون المدنى هو الذى يحدد هذا التعويض.

فالقاضى فى جميع هذه الحالات ليس حرا فى التقدير وفقا لمعايير العدالة أو الملائمة، وانما يلتزم بالمعايير الاقتصادية التى يحددها له القانون.

بعد هذا الاستبعاد لما يخرج من نطاق السلطة التقديرية للقاضى، فاننا نستعرض الحالات التى يتمتع فيها هذا الأخير بسلطة تقديرية لنرى مضمونها وجوهرها.

٩٤- والقانون الاجرائى يخول القاضى العديد من السلطات التقديرية. مثال ذلك تقدير حالة الضرورة وما يترتب عليها من نقص ميعاد الحضور. كذلك سلطتها فى الحكم بوقف الدعوى على سبيل الجزاء بدلا من الحكم بالغرامة. وسلطتها فى تقدير الضرر الذى يصيب العدالة والذى بناء عليه تحكم المحكمة الجزئية باحالة الطلب الاصلى والعارض الى المحكمة الابتدائية.

وللمحكمة سلطة تقديرية فى اتخاذ اجراءات الاثبات وتقدير الأدلة(١).

ويلاحظ فى صدد تقدير الأدلة، فانه اذا كان القانون يلزم القاضى بحجية بعض الادلة وهى الكتابة واليمين والاقرار والقرائن القانونية، ويحدد حجية بعضها الآخر كالبينة والقرائن القضائية، فيمنع من قبولها فى اثبات بعض الوقائع، فانه يترك للقاضى، وفقا لمبدأ الاثبات الاقناعى، حرية الاقتناع بالأدلة خارج هذه القيود.

من كل ذلك يتضح لنا أن المشرع يحدد للقاضى أحيانا متى يعمل ويترك له حرية اختيار العمل، كما فى الجزاءات التى يوقعها على الخصم المهمل. وأحيانا يحدد المشرع للقاضى العمل الذى يجب عليه القيام به، ثم يترك له حرية تقدير متى يقوم به. وأحيانا أخرى يترك القانون للقاضى تقدير متى وكيف يعمل كما فى الاستجواب.

٩٥- واذا كانت هذه المقدمات هى مجرد أمثلة لسلطة القاضى التقديرية فى مجال القانون الاجرائى، فانه يجب تحديد طبيعة السلطة التى تمنحها هذه النصوص للقاضى.

---

(١) وجدى راغب. الرسالة. ص ٣٤٢ - ٣٤٣.

في كل ما سبق لاحظنا أن القاضي يمارس في هذه الحالات سلطة تقديرية، وأن سلوكه في ممارسة هذه السلطة يتحدد وفقا لأهداف وظيفته.

والأصل في العمل القضائي أنه عمل شكلي، فاذا ترك المشرع حرية تقديرية للقاضي في هذا المجال، فانها تكون حرية استثنائية وتظهر لنا كسلطة تقديرية في الشكل.

والشكل الاجرائي لا يعبر فحسب عن مضمون العمل القضائي بل ينظم أساسا طريقة تكوينه، وهذا يعني أن سلطة القاضي التقديرية توجد في العمل كوحدة. أي أن السلطة التقديرية توجد في الاجراء ذاته كوحدة، أي كعمل قانوني.

وتفسير ذلك لدى الفقه الايطالي كما يقول الأستاذ الدكتور وجدي راغب هو[1].

انه اذا كان كل اجراء على حدة هو عمل قانوني، فانه بالنسبة للعمل القضائي يعتبر جزء لا يتجزء منه. فالعمل القضائي ليس له كيان مختلف عن اجراءاته. فهذه الاجراءات بتتابعها تعمل على تكوينه واعداد عناصره. وبناء على ذلك يتوقف مضمون العمل محلا وسببا على هذه الاجراءات. كما أن تحقيق العمل القضائي لغاياته يكون رهنا بملاءمة هذه الاجراءات لتحقيق هذه الغايات.

مثال ذلك: اذا رفض القاضي الأمر باجراء تحقيق حيث يكون في هذا التحقيق فائدة لاظهار الحقيقة، أو اذا نطق بالحكم في الجلسة حيث تكون القضية في حاجة الى مزيد من الدراسة.

في مثل هذه الحالات قد يؤدي ذلك الى اصدار حكم غير عادل.

ومنهنا نخلص الى نتيجة ى غاية الأهمية وهي: ان ملاءمة الاجراءات

---

(١) المرجع السابق، ص ٣٤٥.

أو عدم ملاءمتها تنعكس على مضمون العمل القضائى لتجعله بدوره عادلا أو غير عادل، أى محققا لغايته أو غير محقق لها. أى أن السلطة التقديرية للقاضى تؤثر فى مضمون عمله القضائى، وبالتالى تؤثر فى تحقيق أو عدم تحقيق غايته، وتكشف مدى الصلة التى توجد بين مضمون العمل وغايته.

وبالتالى فان سلطة القاضى التقديرية فى مجال القانون الاجرائى تلحق العمل القضائى ككل وتجعل نتيجته متوقفة على تقدير القاضى(١).

٩٦- وفى مجال سلطة القاضى التقديرية بصدد تقدير الأدلة فان القانون يترك له حرية هذا التقدير، حيث يقدر حالة فحالة قوة الدليل فى اظهار الحقيقة.

ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقه الايطالى الى معارضة هذا المبدأ، على أساس أن القاضى فى هذا النطاق يستوحى الخبرة، ولا يقوم بأى تقدير للعدالة أو الملاءمة لحماية المصالح المتعارضة(٢).

ومعنى ذلك أن القاضى بصدد تقدير الأدلة ليس أمامه متى اقتنع بحقيقة الوقائع غير قبول الطلب، أو رفضه اذا لم يقتنع. فهو لا يستطيع أن يرى الوقائع ثابتة أو غير ثابتة حسبما يبدو له الطلب عادلا أو غير عادل، وانما هو يؤسس حكمه على مطابقة الحقيقة.

ويرى البعض الآخر من الفقه المصرى أن هذا المنطق يجافى الطبيعة التقديرية لعملية الاقتناع، فالاقتناع ذاته هو عمل تقديرى، يرجع فيه القاضى لضميره ليستخلص الانطباعات التى تركتها الأدلة، المقدمة فى القضية، فى نفسه، وهذا المسلك من جانبه يعتبر فى النهاية شعورا نفسيا يتأثر بفرديته.

---

(١) وجدى راغب. ص ٣٤٥.

(٢) مشار اليه فى وجدى راغب. الرسالة. ص ٣٤٥.

ولا يلزم لكى نكون بصدد سلطة تقديرية أن يكون التقدير بعدالة الطلب، وانما يكفى أنينصب التقدير لعى ملاءمة النشاط لهدفه المباشر. والهدف المباشر بالنسبة للدليل هو اظهار حقيقة الواقعة المراد اثباتها.

وهذا الهدف بالذات هو محل تقدير القاضى. وهذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض، كما أن القاضى غير ملزم ببيان أسباب اقتناعه بالدليل[1].

ويميز جانب من الفقه بوضوح بين تسبيب الاقتناع بمعنى اعطاء تفاصيل تقدير القاضى للأدلة، وتحديد مدى نفوذ كل منها فى ضميره، وتحليل طريقة تكوين اقتناعه، فكل هذا يعفى منه القاضى، أما يتسبيب الحكم بالأدلة فيلزم به القاضى. لأن الأدلة هى العناصر أو المصادر التى يستمد منها القاضى اقتناعه وليست أسباب هذا الاقتناع[2].

هذا هو تحليل فكرة السلطة التقديرية التى يمنحها القانون الاجرائى للقاضى، وقد سبق القول بزنه السلطة التقديرية للقاضى واحدة، سواء كنا فى نطاق القانون الاجرائى، أو فى نطاق القانون الموضوعى، لهذا يجب علينا أن نبحث فى هذا المكان طبيعة السلطة التقديرية التى يمنحها القانون الموضوعى للقاضى، وبذلك تتكامل لنا الرؤية فى هذا الموضوع.

٩٧-سبق لنا استعراض فكرة السلطة التقديرية فى نطاق القانون المدنى بالمعنى الضيق، وذكرنا آنذاك أننا سوف نزيد هذه المسألة ايضاحا من بعد، وهذا هو مكان هذا الايضاح.

حينما تنص المادة الأولى من القانون المدنى المصرى على أنه اذا لم يجد القاضى نصا أو عرفا أو مبدأ من مبادئ الشريعة الاسلامية، فانه يتعين

---

(١) على راشد. رسالة فى اقتناع القاضى. ص ٢٠.

(٢) على راشد. المرجع السابق. ص ١٤٩ مشار اليه فى وجدى راغب. ص ٣٤٦ هامش (٣).

عليه أن يقضى وفقا لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، فانه يعن لنا التساؤل عن معنى هذه العبارة الأخيرة.

يقصد بمبادئ القانون الطبيعى حاجات العدل التى يستلهمها النظام القانونى. أما العدالة فهى فكرة أغريقية الأصل، تنسب لأرسطو الذى حددها بأنها عدل الحالة الفردية[1]، أى المرونة فى تطبيق القاعدة القانونية المجردة حيث توجد، وملاءمتها من الواقع، وبحيث يتفق هذا التطبيق مع مهمة القاعدة وغاياتها، لا مع حرفيتها.

أما حيث لا توجد قاعدة مجردة، فان القاضى ينشئ القاعدة الملائمة للحالة الفردية.

ومعنى ذلك أن القاضى حينما يحكم فى القضية فانه يستلهم مباشرة حاجات العدل بالنسبة لملابسات القضية التى يفصل فيها، دون أن تكون هناك قاعدة قانونية مسبقة.

وبناء على ذلك فهذه المادة تحيل القاضى الى مبادئ العدل مع الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بالقضية المطروحة عليه.

ومعنى هذا أن على القاضى أن يجتهد بأيه، على ألا يصدر فى هذا عن معتقداته الذاتية، بل بناء على اعتبارات موضوعية.

٩٨- وغاية العمل القضائى كما هو معروف هى كشف المراكز الموضوعية، وحينما يحكم القاضى وفقا لمقتضيات القانون الطبيعى وفكرة العدالة، فانه يرمى الى الكشف عن المراكز الموضوعية، لا كما ينظمها القانون • فالفرض فى هذه الحالة أنه لا يوجد أى اتنظيم قانونى للمسألة التى سوف يفصل فيها القاضى وفقا للعدالة أو القانون الطبيعى» وانما وفقا لحاجات العدل الأولية.

---

(١) حمدى عبدالرحمن. فكرة القانون. حيث يميز بين العدل والعدالة، ص ٦٥.

هذا المسلك من جانب القاضى يتطلب أن يجتهد فى تقييم ادعاءات الخصوم، وفقا لشعور الدعل فى ضمير الجماعة، آخذا فى اعتباره الملابسات الخاصة لهذه الادعاءات.

ومعنى ذلك أن القاضى يمارس سلطة تقديرية لتحديد مضمون نشاطه، وذلك على النحو الذى يراه أكثر ملائمة للغاية النهاذية لهذا النشاط[١].

ويرى البعض الآخر من الفقه أن القانون عندما يحيل الى قواعد العدل والانصاف انما يقصد القواعد القانونية التى يستنبطها القاضى من فقه القانون وأصوله، ولذا تعد هذه المسألة مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض. وبناء على ذلك فهذا الفقه - بحق - لا يميز بين المبادئ القانونية العامة وفكرة العدالة، وهو فى ذلك متفق مع منطقة[٢].

٩٩- وعى ذلك تظهر السلطة التقديرية للقاضى فى مجال القانون الموضوعى حينما يرتب هذا القانون أثرا معينا على واقعة معينة ويجعل اعماله جوازيا للقاضى.

وأحيانا يخير القانون القاضى بين أكثر من أثر مترتب على القاعدة القانونية (مال ذل فى الاستغلال، أو عقود الاذعان، أو فى حالات الفسخ).

وأحيانا أخرى يترك المشرع للقاضى حرية تحديد مركز معين كيفا وكما وفقا لاعتبارات العدالة.

ويترك القانون للقاضى أيضا سلطة تحديد المركز وفقا لما يراه مناسبا أو تبعا للظروف.

وبناء على كل ما تقدم فانه فى كل الحالات التى يكون فيها للقاضى حرية تقدير الحل الموضوعى الذى يتبناه، فاننا نكونازاء سلطة تقديرية فى العمل القضائى.

---

(١) وجدى راغب. ص ٣٤٨.

(٢) حامد ومحدم حامد فهمى. النقض فى المواد المدنية. ص ٩٨.

واذا كان دور العمل القضائى هو كشف المراكز الموضوعية المجهلة، فانه يرمى بذلك الى تحقيق غاية النظام القانونى ذاته، وهى الاستقرار العادل. والمشرع هو الذى يحدد القواعد القانونية الملائمة لتحقيق هذه الغالية. وبناء على ذلك يكشف القاضى المراكز كما يحددها التشريع الموضوعى، ويكون حكمه عادلا بقدر موافقته لقواعد هذا التشريع.

١٠٠- ومعنى ذلك كما يرى الفقه الايطالى[1]، أن المشرع فى بعض الظروف الخاصة، يرى أن الواقعة الأساسية هى من الاختلاف والتباين فيما بينها لدرجة لا تسمح له باشبا حاجات العدل عن طريق سن قواعد قانونية مجردة. ولذا يترك للقاضى تقدير هذه الظروف، واختيار الحل الموضوعى الأكثر ملائمة لكل حالة.

هنا يكون القاضى مختصا بأن يحقق مباشرة - وفى غياب التنظيم التشريعى - حاجات الاستقرار العادل. وعليه أنيكشف ابتداء عن المراكز التى ينبغى أن يحتلها الخصوم.

ولكى يقوم بهذه المهمة فانه لا يتخذ نشاطا تحكميا وانما عليه أن يقدر الوقائع وفقا لشعور العدل فى ضمير الجماعة بالنسبة للحالة المطروحة عليه.

أى أن القاضى لا يتقى فى هذه الحالة بتقدير المشرعلوسيلة اشباع حاجة العدل، وانما يختار هو مباشرة الوسيلة التى يراها ملائمة لاشباع هذه الغاية.

ولا ينفى عنالقاضى سلطته التقديرية، القول بأنه لا يستمد الحل مننفسه، وانما يلتزم بمعيار موضوعى هو الغاية الموضوعية للنشاط، وانما الذى ينفى عن القاضى سلطته التقديرية وجود تنظيم قانونى يستغرق نشاط القاضى، ويكون من شأن هذا النظام ألا يترك مجالا للتقدير الذاتى لملاءمة نشاط القاضى مع الغاية المرجوة منه.

وننتقل الآن لدراسة أساس سلطة القاضى التقديرية فى مجال قانون المرافعات.

---

(١) مشار اليه فى وجدى راغب. ص ٣٥٠ هامش ١٫٢٫٣.

المطلب الثالث

أساس سلطة القاضى التقديرية

فى نطاق قانون المرافعات

١٠١ – تجد السلطة التقديرية للقاضى أساسها الشكلى فى جميع الحالات التى يخول فيها القانون للقاضى حرية التقدير خلال قيامه بالعمل القضائى، سوا عند مباشرة نشاطه الاجرائى أو عند اقتناعه بالواقع أو تقديره للحل الموضوعى.

فى مثل هذه الحالات تجد سلطة القاضى التقديرية أساسها فى تنازل المشرع عن ارادته فى التحديد، وترك القاضى ليقوم بذلك بدلا منه.

وجوهر فكرة السلطة التقديرية يكمن فى أن يكون للقاضى حرية تقدير نشاطه فى كل حالة على حدة وفقا لملابساتها الخاصة مما يتلاءم مع أهداف وظيفته.

وفى الواقع فان القاضى لا يتمتع بسلطة تقديرية بحتة، ولا تكون سلطته مقيدة تقييدا كاملا، فكل عمل قضائى وان كان عملا مقيدا أصلا، الا أن القاضى يتمتع فى أدائه بسلطة تقديرية تفاوت اتساعا وضيقا باختلاف المسائل الموضوعية والأدلة والاجراءات.

والعمل القضائى كما سبق لنا القول هو دائما عمل مقيد تتخلله سلطة تقديرية. وبما أن العمل القضائى هو فى نهاية الأمر اعلان عن ارادة القاضى، فهذه الارادة تفترض حرية الاختيار، أى حرية التقدير.

أما اذا انعدمت هذه الحرية، وكان الارادة مقيدة فى كل عناصرها، فانها تصبح مجردة ترديد لارادة المشرع.

ولا تنتفى السلطة التقديرية للقاضى لمجرد تقييدها بالغاية الموضوعية

من النشاط، لأن ارادة القاضى هى التى تحدد وسيلة تحقيق هذه الغاية الموضوعية.

واذا كانت السلطة التقديرية للقاضى تجد أساسها فى الغاية الموضوعية لنشاطه، فان القانون الاجرائى يقيد هذه الحرية غائيا بالاعتداد بسبب العمل القضائى فى صورته الموضوعية والنفسية.

ويقصد بالسب الموضوعى فى العمل القضائى. والذى يعتبر قيدا واردا على سلطة القاضى التقديرية. جميع المقومات أو الظروف الموضوعية التى تبرر العمل القضائى. ورأى القاضى فى السبب الموضوعى بهذا المعنى لا تراقبه مباشرة محكمة النقض. ومع ذلك فحتى يحقق العمل القضائى غايته لابد أن يكون صحيحا من حيث الواقع، ولهذا يتدخل القانون فى طريقة تكوين رأى القاضى فى الواقع ويضع معيارا لصحتها.

ومعيار صحة الوقائع وصحة النتيجة التى توصل اليها القاضى، يهدفان الى جعل نشاطه وسيلة ملائمة لبلوغ نتيجة صحيحة من ناحية الواقع.

وضوابط تسبيب العمل القضائى هى الأدوات الفنية التى عن طريقها تراقب محكمة النقض هذه الوسيلة.

والأسباب القانونية، والأسباب الواقعية للحكم القضائى ليست سوى بيان للأسانيد والأدلة التى قادت القاضى الى تكوين رأيه فى القانون وفى الواقع. والأسباب تكشف عن الطريق المنطقى الذى اتبعه القاضى فى تكوين رأيه.

والواقعة الأساسية الموضوعية هى من وجهة نظر القانون الموضوعى المصدر المباشر والسبب المنشئ للأثر القانونى. والتحقق من حدوثها هو من وجهة نظر القانون الاجرائى السبب الموضوعى فى فرض رأى القاضى عن هذا الأثر.

والتحقق من السبب الموضوعى للعمل القضائى يفترض من القاضى

جهدا قانونيا فى تفسير القانون لتحديد الوقائع الأساسية المجردة، وفى تكييف وقائع الدعوى بمقارنتها بتلك الوقائع[1].

١٠٢- ومن جهة أخرى فان القانون، ازاء تعذر رقابته الحقيقية المطلقة للوقائع، يقنع باليقين الشخصى الذى يتحقق باقتناع القاضى.

وليس معنى ذلك أن رأى القاضى فى الوقائع متروك لمطلق حريته وتحكمه دون ضابط أو رقيب.

فالاقتناع هو اتجاه نفسى لشخص، ولكنه يختلف عن مجرد الاعتقاد الشخصى. فهذا الأخير يقوم على المشاعر والانطباعات العابرة.

والاقتناع يبدأ من مقدمات موضوعية يفترض بحثها وتمحيصها وتقديرها لاستخلاص نتائجها المنطقية. أى أن القاضى يقوم لتكوين اقتناعه بتفكير منطقى. وذلك لايجاز رابطة عقلية بين وقائع معلومة وأخرى غير معلومة.

وأسباب الحكمن يجب أن تدل على أن رأى القاضى انما هو نتيجة منطقية لمقدمات تودى اليه وفقا للمنطق العادى المقبول.

١٠٣- ومن ناحية أخرى، فقد سبق القول أن سلطة القاضى التقديرية يرد عليها حد ثان مستمد من الباعث النفسى، أو من السبب النفسى فى العمل القضائى.

والسبب الباعث عنصر طبيعى فى الارادة الانسانية، اذ لكل ارادة باعث نفسى يحركها ويحدد اتجاهها نحو غاية معينة[2].

والقاعدة هى أن القانون يتخذ من الباعث فى اعلانات الارادة عنصرا يعتد به كحد لحرية الارادة، يضمن تناسقها مع الغايات الاجتماعية.

---

(١) راجع بالتفصيل الوافى. وجدى راغب. ص ٥٠٢ الى ٥٣٦ من الرسالة.

(٢) وجدى راغب. ص ٥٤٣ - ٥٤٤.

والعمل القضائى بما أنه اعلان عن ارادة، وينطوى دائما على قدر من السلطة التقديرية، فان الأمر يقتضى الاعتداد فيه بالباعث الدافع، لأن رقابة عدم انحراف الباعث النفسى الدافع للقرار عن غايته الموضوعية هو ضمان لشرعيته فى الحدود التى يصدر فيها بناء على سلطة تقديرية. واذا كان القانون يحد من حرية الارادة أ تقديرها دائما عن طريق الاعتداد بالباعث النفسى، فلا يتصور أن يكون القاضى فى عمله الحر التقديرى أقل تقيدا منلافرد فى التصرف القانونى.

واذا كانت لاغاية الموضوعية المخصصة للعمل القضائى هى كشف المراكز القانونية الموضوعية، فان باعث القاضى على تقييد الخصوم برأى معين ينبغى ألا ينحرف عن هذه الغاية.

فاذا عمل بقصد مخالفة القانون أو من أجل مصلحة خاصة لنفسه أوغيره، كان العمل معيبا بعيب الانحراف عن السلطة، وهو ما يعنى عدم مشروعية الباعث أو السبب النفسى.

هذه هى سلطة القاضى التقديرية فى نطاق قانون المرافعات، أى منظورا اليها من الناحية الاجرائية، مع ملاحظة أن سلطة القاضى التقديرية فى جوهرها هى شىء واحد، سواد كنا فى نطاق القانون الموضوعى أو فى نطاق القانون الاجرائى.

بعد هذا الاستطراد الطويل حول موضوع السلطة التقديرية للقاضى بوجه عام نعتقد أن الوقت قد حان لختام هذا الفصل وذلك بافراد مبحث مستقل عن تعريف أو تحديد منضبط لسلطة القاضى التقديرية بوجه عام.

المبحث الخامس

محاولة البحث عن تحديد منضبط لسلطة القاضى التقديرية

١٠٤- لا جدال فى أن الدراسة التجريدية ولو فى بعض مراحلها هى من أشق الأمور وأصعبها. واذا ما حاولنا البحث عن تحديد منضبط لسلطة القاضى التقديرية بوجه عام، فان الصعوبة تظهر بشكل حاد، وبالذات حينما تحاول البحث عن نقطة البداية التى منها ننطلق الى تحديد المجرد.

هل نبحث فى ذات الولاية القضائية عن هذه السلطة؟.

أم نبحث عن هذا التحديد فى ذات العمل القضائى مع أنه هو المجال الذى تمارس داخله هذه السلطة التقديرية وتؤثر فيه وتتأثربه؟.

هل نبحث فى طبيعة النزاع المطروح على القاضى لكشف حدود السلطة التقديرية، أمننظر لاى جوهر نشاط القاضى؟.

واذا نظرنا الى جوهر نشاط القاضى، هل نرتكز على محل هذا النشاط أى وقائع النزاع ولاقانون المطبق عليه، أم ننظر الى المجهود العقلى الذى يغلف هذا المحل بغية اعمال القانون؟.

أم يجب أن نمد نطاق البحث أيضا الى المساهمة التى يقدمها الخصوم فى اعمال وتكوين هذه السلطة التقديرية؟.

ثم هناك سؤال يفرض نفسه ولم يتطرق اليه أحد، وهو على هناك صلة بين السلطة التقديرية وتكوين القاعدة القانونية ذاتها؟.

ثم يجب أن نتساءل عن اللحظة التى تبدأ وتنتهى فيها هذه السلطة التقديرية، كذلك ما هى حدود هذه السلطة؟.

جميع هذه الأسئلة يجب أنتطرح على نطاق البحث، ويجب أن نتصدى لها بالدراسة، وهى تتعلق بفلسفة القانون، ومن هنا نجد صعوبتها.

١٠٥ – القانون فى المجتمع يستهدف غايات الجماعة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، والتشريع يقوم بانشاء القواعد القانونية المجردة. والقانونية ضرورة تفرضها حاجة الحياة الاجتماعية الى حد أدنى من الاستقرار العادل.

ومع ذلك فالوصول الى هذا الاستقرار العادل لا يتحقق لمجرد وجود القواعد المنظمة لسلوك الأفراد ومراكزهم القانونية. وانما يتوقف ذلك على مدى فاعلية هذه القواعد.

وعلى ذلك فان مجرد وجود القاعدة القانونية لا يستغرق الظاهرة القانونية، وانما تبدو فاعلية هذه القواعد جانبا هاما الى جانب الوجود الفعلى لها. فالقاعدة توجد وتكون أو يجب أن تكون فعالة.

وعلى ذلك فان لاقانون، اذ يحل مشكلة عدم فاعليته بواسطة القضاء، فانه يسد ثغراته ويستعمل نفسه بنفسه. ولذا قيل أن القضاء ركن فى قانونية النظام، وأنه لا قانون بلا قاضى. والحقيقة أن القضاء يحقق للقانون حماية ضد عدم فاعليته. فالقانون الوضعى الموضوعى فى حاجة الى حماية نفسه أيضا باعطاء الفعالية لقواعده.

والوظيفة القضائية بهذا تنحصر فى حماية النظام القانونى. فهى لا تتدخل الا اذا طرز عارض قانونى، أى فى حالة من حالات عدم الفاعلية القانونية. وهى تتدخل فى حدود هذا العارض، ولمجرد ازالته، دون أن تتجاوز الى أسبابه. اذ أن عدم فاعلية القانون قد يترتب على اعتبارات موضوعية أو ذاتية، ولكن القضاء لا يتدخل كقاعدة الا لمعالجة هذه الاعتبارات، وهو كوظيفة قانونية يقتصر لعى ازالة ما رتبته من عارض فى حياة القانون[1].

---

(١) وجدى راغب. الرسالة. ص ٨٩ الى ٩٦.

– نبيل عمر – القاعدة القانونية الموضوعية وحاجاتها الى الحماية القضائية لتحقيق مضمونها. بحث مقدم للنشر بمجلة كلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء ١٩٨٣.

وعلى ذلك فالوظيفة القضائية بما تمنحه من ولاية قضائية للقاضى تخوله سلطة تطبيق القانون فى حالة مخالفته، بهدف ازالة عدم فاعلية القانون فى الحالة محل البحث.

وبناء على ذلك فولاية القضاء أو الوظيفة القضائية، تعتبر هى الأساس فى منشأ السلطة التقديرية التى تعتبر احدى السلطات التى يتمتع بها القاضى فى اعمال القانون.

١٠٦– وبالنسبة لطبيعة النزاع الذى يقدم القاضى بحله، فاننا نستطيع القول أن طبيعة النزاع لا توثر فى سلطة القاضى التقديرية، فهذه السلطة واحدة سواء كان القاضى يقوم بحل نزاع مدنى أو ادارى أوجنائى. فطبيعة مادة النزاع اذا لا تؤثر على جوهر سلطة القاضى التقديرية، فان مرجع ذلك يعود الى أن القاضى فى كل الجالات يقوم باعطاء الفعالية للقاعدة القانونية التى اعترضها عارض حال واعمال انفعالية الذاتية للقاعدة القانونية.

ومعنى ذلك أن نشاط القاضى فى جانبه التقديرى يرمى ضمن ما يرمى اليه الى ازالة التجهيل الذى أحاط بالقاعدة القانونية وما تنظمه من مراكز قانونية.

وهدف هذا النشاط لا يتغير بتغير المنازعات، واختلاف طبيعتها.

١٠٧– وبالنسبة للنشاط الذى يقوم به القاضى، واعتباره أداة يمكن الارتكان اليها فى تحديد فكرة السلطة القضائية، فاننا نرى تطوير البحث فى هذه الجزئية للحكم على اعتبارها أو عدم اعتبارها أداة صالحة لتحديد فكرة السلطة التقديرية.

الحكم القضائى يعتبر بناء منطقيا[١]، لأن المنطق يوجه العقل نحو

---

(١) صلاح الجبالى. المنطق والفلسفة وعلم النفس. جـ ٢ ص ١ الى ١٠.

البحث عن الحقيقة[1]، والمنطق فن لأنه يهدف الى صياغة الأفكار بشكل منظم بناء على المعرفة والخبرة[2].

والاستعانة بالمنطق فى ميدان القانون بصفة عامة هو أمر ضرورى لأن القانون علم من العلوم، ويجب النظر اليه باعتباره، بناء فكريا، وليس مجرد قائمة تتضمن عرضا لبعض الأفكار.

والمنطق يتحلل الى مراحل أربع[3].

– الأفكار	idées
– الاتدلال	raisonnement
– الحكم	jugement
– الأسلوب أو المنهج	méthode

وجميع الأفكار الانسانية تجد أساسها فى التجريد، ويقصد بالتجريد النظر الى عناصر الكل الذى يوجد فى حالة عدم انفصال، أخذا فى الاعتبار كل عنصر على حده.

كما يقصد بالتجريد أيضا فصل أوصاف الشىء عن الشىء ذاته. والمجرد لا يوجد الا فى الروح أو العقل، أما فى واقع الحياة فلا يوجد الا المحدد أو الموصوف.

وفى المجال القانونى، فانه ينبغى تقدير الوقائع، ثم نبحث عن القانون الملائم لحكمها، والتجريد يلعب دورا هاما فى هذه المرحلة، مرحلة البحث عن ملاءمة لقانون للواقع. والعلة فى ذلك ترجع الى أن المفكر يحتاج فى هذه المرحلة الى التعميم، وهذا الأخير يفترض التجريد والمقارنة[4].

(١) - M. P. Fabreguettes. L'art de juger p. 20 et s.

(٢) - Bentham: Des preuves judiciaires, édit. Dumont. LIV. I. chap. x.

(٣) - H. Bergson: L'évolution eréature. p. 17.

(٤) - Fabrguettes: op. cit. p. 16.

وفى المجال القانونى فان الأفكار العامة تكون ضرورية لانشاء المبادئ principes . هذه المبادئ تكون الأفكار الأولية، التى نستخدمها كأداة لبداية الاستدلال القانونى(١).

١٠٨- وعلى ذلك فيقصد بالمنطق القانونى الوسيلة التى يطبق بها المنهج القانونى على حالات معينة.

ويقصد بالمنهج القانونى مجموعة الوسائل التى يتوصل بها القاضى الى الاجابة الصحيحة للمشكلة المعروضة أمامه، مستعينا فى ذلك بمصادر القانون ومتقدا باطار الأساليب الفنية المحددة والتى تتعلق بمصار القانون وتفسيره وتطبيقه.

أما المنطق القضائى فيختص بتفسير القاعدة وتطبيقها بشكل عملى أى بمناسبة قضية معينة. وحركة المنطق القضائى معروفة وتنصب على فحص الوقائع المختلفة واختيار ما يكون منها ضروريا لاصدار الحكم، ثم تكييف هذه الوقائع لاعمال القانون عليها.

وحتى يقوم القاضى بذلك لابد له منالنظر الى الوقائع فى مجملها، وتحليلها الى عناصرها الأولية، ثم جمع العناصر المشتركة واعادة تركيبها ثم يختار النص كما سوف نشرح من بعد(٢).

وبالطبع فان المنطق القانونى يصحبه استدلال قانونى ويقصد بهذا الأخير الاعتماد على وسائل منطقية للوصول الى الأحكام، كما يصحب المنطق القضائى استدلال قضائى ويقصد به العمل الذى يقوم به القاضى وذلك باستخلاص نتيجة معينة من المقدمة الكبرى التى تشمل القاعدة

---

(١) - Fabrguettes: p. 17. note 4.

(٢) محمد محمود ابراهيم. المرجع السابق. ص ٣٤٠.
- عزمى عبدالفتاح. المرجع السابق. ص ٤٥٨.

القانونية، والمقدمة الصغرى التى تشمل مجموع الوقائع المطروحة على القاضى، بهدف الوصول الى قرار غير تحكمى وعادل(١).

اذا كان هذا هو نشاط القاضى فى حل النزاع المطروح عليه، فأين هى حدود السلطة التقديرية التى انتهينا فى المباحث السابقة الى تأكيد أنه يتمتع بها؟

١٠٩- بالنظرب الى ما سبق قوله بصدد نشاط القاضى فى حل النزاع فاننا نستطيع لاقول بأنه يتمتع بسلطة اختيار النشاط الذهنى الذى يقوم به بهدف حل النزاع المطروح عليه. ولكن هذه الحرية تتقيد بمحل هذا النشاط سواء كان المحل هو مجرد وقائع أو قواعد قانونية.

فوقائع النزاع التى يطرحها الخصوم على القاضى يكون القاضى ازاءها محايدا، بمعنى أن الخصوم لهم السيادة على هذه القوائع، يطرحون منها ما يشاؤون ويتركون منها فى الظل بعيدا عن ساحة القضاء ما يريدون. فالقاضى لا يستطيع أن يتجاوز هذا الاطار الواقعى للنزاع والا كان متجاوزا لسلطته(٢).

وعلى ذلك فالوقائع المتنازع عليها تدخل فى العبء الاجرائى الملقى على الخصوم، فهم المكلفون بذلك وحدهم. أما القانون فيختص القاضى بمعرفته وهو ملزم باعماله على الوقائع.

---

(١) ثروت أنيس الأسيوطى. المنهج العلمى القانونى. مجلة مصر المعاصرة - العدد ٣٣٦ ابريل ١٩٦٩.

- نبيل عمر. النظرية العامة للطعن بالنقض ص ١٦٠ وما بعدها.

(٢) - André: Du principe de la neutralité du juge. Thése. Paris. 1938. p. 17.

- Morel: Traité élémentaire de proc. civ. p. 471.
- Bendayan: la neutralité du juge J. C. P. 1909 no. 3033.
- S. Tanago: De I'obligation judiciaire. Thése. Paris 1964. p.20.

والقاضى لا يستطيع أن يوسس حكمه الا على وقائع مطروحة عليه بطريقة قانونية. وعبء الادعاء بالوقائع المتنازع عليها الوقائع على عاتق الخصوم يتحلل الى عنصرين:

الأول: ادعاء الوقائع المتنازع عليها.

الثانى: اثبات هذه الوقائع.

١١٠- والادعاء بالوقائع أمام القاضى يحدد مهمة هذا الأخير، وهذه الوقائعترتبط أوثق الارتباط بالحكم الذى يتوصل اليه القاضى.

فالقاضى يجب أن يصدر حكما تؤول الوقائ المطروحة عليه الى حتمية اصداره. وضمان هذه النتيجة يوجد فى رقابة محكمة النقض على التسبيب[١].

والقاعدة فى هذا المجال هى أن القاضى لا يستطيع أنيعدل من تلقاء نفسه موضوع الطلب القضائى أو سببه، ويجب أن يحكم فى الطار الذى حددته طلبات الخصوم[٢].

ووقائع النزاع المقدمة من الخصوم لا يتعين أن توصف من جانبهم بأى وصف قانونى. بل يكفى أن نعرض على القاضى مجردة من كل وصف. لأن الوصف القانونى للوقائع هو مجرد تكييف قانونى لها. وهذا عمل قانونى. يختص القاضى وحده باعماله. وعلى ذلك لا يلتزم القاضى باحترام الاوصاف القانونية الصادرة من الخصوم، ولا يعتبر ذلك من جانبه تعديلا فى وقائع النزاع.

والخصم يجب عليه أن يكتفى بالمطالبة بأى نتيجة اجتماعية

---

(١) - Ch. Perelman et P. Foriers: La motivation des décisions de justice. 1978. p. 6 e6 s.

(٢) نبيل عمر. سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف. ص ١٥٠.

أواقتصادية أمام القضاء، وأن يقدم الوقائع العارية من أى وصف، ويكون من شأنها تدعيم طلبه.

فلا يوجد أى التزام قانونى على الخصوم بأن يعطوا وقائعهم المطروحة على المحكمة أى لون قانونى.

والقاضى هو الملزم باعطاء هذا الوصف القانونى، وذلك عن طريق تحليل الوقائع المطروحة عليه الى عناصرها الاجتماعية الأولية، ثم انزل التكييف القانونى الملائم.

١١١- وفيما يتعلق بالعنصر الثانى الذى يجب على الخصوم القيام به وهو عنصر اثبات الوقائع، فان القاعدة فى هذا الشأن هى: يجب على القاضى ألا يكون عقيدته الا بناء على عناصر الاثبات التى قدمت له وفقا للقانون وطبقا للاجراءات المنظمة له. ويمتنع لعى القاضى من جهة أخرى أن يكون عقيدته وفقا لمعلوماته الشخصية التى حصلها من واقع النزاع والا كان قراره معيبا بعيب تجاوز السلطة.

وعل ذلك فمن الوقائع التى تم اثباتها وفقا للقانون وطبقا للاجراءات المنظمة لهذا الاثبات يتعين على القاضى اتخاذ قراره[١].

١١٢- واذا كان هذا هو باختصار عرضا لمركز الوقائع المطروحة على القاضى، قمنا به بغية البحث عن تحديد منضبط لسلطته التقديرية، فاننا نلاحظ أن القاضى يقوم بنشاط ذهنى معين ازاء هذه الوقائع، هذا النشاط يتلخص فى اختيار الوقائع المنتجة فى حل النزاع، بشرط ألا يتعدى فى بحثه الاطار الذى رسمه الخصوم.

ويقصد بالوقائع المنتجة أن تكون ذات أثر فى تكوين اقتناع القاضى بثبوت كل أو بعض ما يدعيه المدعى. أى أن الوقائع المنتجة يكون شأنها المساهمة فى تكوين قرار القاضى بمنح الحاية القضائية المطلوبة.

(١) - W. Halleman in: Le fait et le droit p. 78.

وتقدير مدى انتاجية الوقائع فى الاثبات هى مسألة تقديرية تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى.ويستقل القاضى بها ولا تخضع - كقاعدة - لرقابة محكمة النقض بطريق مباشر(١).

وحقيقة الأمر أن القاضى فى مجال الوقائع وما يقوم به منجهد فى تحقيق هذه الوقائعواثبات تعلقها بالنزاع وأنها منتجة فيه، وان كان يتمتع فى كل ذلك بقدر معين من حرية التقدير، الا أن هذه الحرية يرد عليها العديد من القيود، من ذلك أن المحكمة ملزمة باحترام القواعد الموضوعية فى الاثبات التى تحدد طرق الاثبات. وكذلك مقيد باحترام القواعد الاجرائية فى هذا المجال.

والقاضى مقيد - كما سنرى من بعد - بعدم القضاء بعلمه الشخصى.

١١٣- والقاضى حينما يتصدى لفحص وقائع النزاع فانه يستند الى المنهج العلمى فى هذا العمل. وهذا المنهج العلمى يتكون من عنصرين:

الأول: عنصر عقلى.

الثانى: عنصر واقعى.

واعمالا لهذين العنصرين معا يقوم القاضى بفحص الوقائع ذات الدلالة، وبحث الفروض النظرية لتفسير هذه الوقائع، ثم استخلاص النتائج التى تترتب على تطابق الفروض مع الوقائع. وهذا هو الاستدلال أو القياس القضائى، الذى سوف نعود اليه بعد قليل.

فمن خلال الوقائع المطروحة على القاضى يقوم هذا الأخير باستخلاص الوقائع الضرورية والأساسية التى تصلح كوقائع ذات دلالة لتحقيق الفروض القانونية.

---

(١) السنهورى. الوجيز. ص ٥٥٥/ محمد ابراهيم - المرجع السابق. ص ٢٧٥.
- أبو الوفا. الاثبات. ص ٤٤.

ولا يمكن القيام بهذا العمل ما لم يبدأ القاضى بفرض نظرى أو تصور عقلى عما يعتقد انه من العناصر الهامة المؤثرة فى موضوع القضية.

وبعد ذلك يتعين على القاضى أن يقتنع بثبوت هذه الوقائع وصحتها قبل تكييفها لاعمال القانون عليها. وكل هذه العمليات يجب أن تنعكس فى أسباب الحكم القضائى.

والذى يهمنا فى مقام هذه الوقائع هو ابراز ان التصور العقلى لهذه الوقائع أمر مفترض بعلم القاضى وخبرته وثقافته القانونية. وبما أن هذه العملية هى عملية ذهنية بحتة فانه لا يمكنالتحقق من صحتها وصحة مفهوم القاضى لها الا بانعكاسها فى استخلاص القاضى لهذه الوقائع. من مجموع الوقائع الذى يعرضه عليه الخصوم[١].

١١٤- والخلاصة اذا فيما يتعلق بسلطة القاضى التقديرية فى مجال الوقائع هى أنه يقوم بنشاط ذهنى قد يختلف ما بين قاضى وآخر.

هدف هذا النشاط هو استخراج الوقائع المتعلقة بالدعوى والمنتجة فيها. هذا الاستخلاص وان كانيتم وفقا لسلطة القاضى التقديرية، الا أن هذا التقدير يجب أن ينظر اليه بحرص شديد. فعلى هذه السلطة التقديرية ترد العديد من الاعتبارات الواجب على القاضى أن يراعيها من تلقاء نفسه والا كان حكمه معيبا، من ذلك:

١- أنه مقيد بوقائع الخصوم التى قدمت اليه.

٢- أنه ملزم باحترام هذه الوقائع وألا يتعداها.

٣- أنه يستخلص الوقائع المنتجة من العناصر المقدمة اليه.

٤- أنه فى استخلاصه لهذه العناصر الواقعية المنتجة مقيدة بالقانون الموضوعى والاجرائى.

---

(١) ابراهيم نجيب سعد. القانون القضائى الخاص. ص ٢٦٨.

٥- أنه فى مجال الوقائع واستخلاص الصحيح منها، وتحديد المنتج من بينها يعمل دائما وفى ذهنه القواعد القانونية المحتملة التطبيق فى هذا النزاع.

٦- أى أن نشاط القاضى فى مجال الوقائع ليس نشاطا مجردا، بل هو ينظر ويهدف دائما الى التوصل الى حل قانونى للنزاع المطروح عليه.

فالقاضى يحدد الوقائع الأساسية أى الصالحة لاعمال قاعدة قانونية معينة يراها محتملة التطبيق على وقائع النزاع.

٧- أى أن القاضى فى مجال الوقائع يتمتع بسلطة تقديرية مقيدة بالعديد من القيود.

فاذا ما تركنا مجال الوقائع ونزلنا الى مجال القانون لنرى مدى حدود سلطة القاضى التقديرية فى هذا النطاق فاننا نفرد الفقرة التالية لهذه البحث.

١١٥- هل يتمتع القاضى بسلطة تقديرية فى مجال اعمال القواعد القانونية؟ بمعنى هل هو حر فى تطبيق هذه القاعدة أو تلك وفقا لسلطة تقديرية مطلقة لا معقب عليها من أى جهة؟ هذا هو السؤال.

القاضى ملزم بتطبيق القانون. واذا ما طرح عليه نزاع فهو ملزم بانزال حكم القانون عليه. والقاعدة فى هذا الشأن أن القاضى ينزل حكم القانون الذى يستجيب موضوعيا لمعطيات النزاع المطروح عليه، حتى ولو لم يطلب الخصم ذلك شخصيا.

فاعمال القانونى بالمعنى الواسع هو من اختصاص وسلطة القاضى وفقا لطبيعة وظيفته. فهو يفترض فيه العلم بالقانون والالتزام بتطبيقه[1].

ومع ذلك فهناك حالات يلجأ فيها لاقاضى الى خبراء لتحديد بعض عناصر القانون الواجب تطبيقه، فبالرغم من أنالقاضى يعتبر هو المختص

(١) - Geny: Méthode d'interprétation et Soturce en Droit Privé Positif. no. 123.

- Zarzycki: La demande en justice. Thése. Caen. 1937. p. 20.

من الناحية الفنية باعمال القانون، الا أن فنية هذا الأخير هى التى تجعل القاضى أحيانا مضطرا الى الاستعانة بغيره فى تحديد بعض عناصره[١].

ومثال لهذه الحالة، الفرض الذى يستعين فيه القاضى بخبير. دون أن يخل ذلك بقاعدة أن القاضى يعلم القانون وهو ملزم باعماله، تحديد معدلات السرعة فى حوادث المرور، أو المعدلات الاقتصادية لسائق القطار، أو أسس الحساب فى التعويض عن نزع ملكية العقارات.

وأكثر من ذلك فالقاضى ليس منوطا به وحده فقط تطبيق القانون، وليس مفترضا فيه فقط العلم بالقانون، بل هو الملزم بتفسير نصوصه، ولا عبرة بالتفسيرات التى يقدمها له الخصوم، الا أن تكون هذه الأخيرة صحيحة وسليمة من الناحية القانونية.

وحتى فى الأحوال التى يعهد فيها القاضى الى خبير لتفسير بعض عبارات القانون، فان هذا المسلك من جانبه لا يخل بالقاعدة المتقدمة، لأنه بعد هذا التفسير من جان الخبير، فان هذا العمل ينسب الى القاضى نفسه، وليس الى الخبير[٢].

وحتى فى الأحوال التى نقضت فيها محكمة النقض بعض الأحكام التى قام فيها خبير بتفسير عبارات القانون، فان الأرجح أن سبب النقض كان هو عدم اخضاع هذا التفسير للمناقشة الحضورية للخصوم، وأنه تم بطريقة تفيد أنالقاضى قد أعطى النص تفسيرا يغلب عليه الطابع الشخصى[٣].

وكل هذه القواعد لا تحول بين الخصوم وبين امكانية التمسك بقواعد قانونية معينة يرونها الأنسب لهم. أو التمسك بتفسيرات قانونية خاصة تتمشى مع صوالحهم. ومع ذلك فهذا المسلك من جانب الخصوم لا يكون له

---

(١) - Cass. civ. : 7/10/1951. Bull. no.353. p. 283.

(٢) - Cass. Soc. 28/ 2/ 2953. D. 1953 - 555.

(٣) - Cass. Soc. 8/ 5/1952. D. 1952 - 796.

الا تأثيـر واقـعى على القـاضى، ويظل هو الخـبـيـر الأعلى فى المسـائل القانونية[١].

١١٦- وبصدد تبرير قاعدة أن القاضى ملزم باعمال القانون وفترض فيه العلم به، فقد تشعبت الآراء، ونرى عرضها بايجاز فيما يلى:

١- يرى البعض أساس قاعدة أن القاضى يعلم القانون وهو ملزم بتطبيقه يعود الى أن المدعى لا يواجه فى ادعائه قاعدة قانونية معينة، بل يهدف الى الحصول على التأكيد القضائى والاعتراف من جانب القاضى بحق شخصى ينشأ مباشرة من قاعدة قانونية.

ووفقا لهذا الرأى، فان القاعدة القانونية تعتبر عنصرا مكونا من الواقع، أى أن وجود الحق الشخصى ينشأ مباشرة من قاعدة قانونية تثار كمسألة واقعية، وفى نفس الوقت من واقعة خاصة محددة يدعى أنها تتطابق مع مفترض القاعدة القانونية.

وبناء على هذا الرأى لا يوجد فارق بين الواقعة القاعدية - le fait normtif. والواقعة المحددة le fait coneret وعلى ذلك يجب اثبات كلا الاثنين بواسطة المدعى.

وهذا الاتجاه يخالف الواقع، اذ أن القاعدة القانونية يجب اعمالها من تلقاء نفس القاضى، طالما وجدت الوقائع التى تؤدى الى اعمالها.

وأخيرا يرى هذا الفقه أن قاعدة: jura novit curia أى أن القاضى يعلم القانون، وهو ملزم بتطبيقه لا تستجيب الا الى اعتبارات الملاءمة التى تقتضى الوحدة فى الحلول القضائية للمنازعات المتماثلة[٢].

٢- ومع ذلك فالاتجاه الغالب يرى أن قاعدة علم القاضى بالقانون

(١) - F. Gorphe: les déeisions de justice. p. 79.

(٢) - J. Normand. Le juge et le litige p. 196.

والتزامه باعماله تتأسس على طبيعة ذات الوظيفة القضائية، وهذا ما يتفق وهدف. النظام القانونى محل الاعتبار[1].

١١٧- ومن جهة أخرى فان القاضى ليس ملزما فقط باعمال القواعد القانونية، بل هو ملزم أيضا باعمال الوسائل القانونية البحث من تلقاء نفسه، ويقصد بالوسائل القانونية البحت تلك المسائل القانونية التى لا تستدعى البحث فى مسائل واقعية لم يطرحها الخصوم، وسائل القانون البحت هذه يجوز اثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، وهذه الأخيرة يحق لها اثارة هذه الوسائل من تلقاء نفسها[2].

وقيام القاضى باعمال وسائل القانون البحت من تلقاء نفسه مشروط بعدم احداث أى تغيير فى سبب الطلب القضائى، ومن ناحية أخرى يجب أن تكون الوقائع المثارة بواسطة الخصوم كافية بذاتها لتوليد هذه الوسيلة القانونية le moyen de droit.

ومن جهة أخرى فان قاضى الموضوع يستطيع اثارة وسائل القانون المختلطة بمسائل الواقع من تلقاء نفسه[3].

والواقع أن الخصوم حينما يطرحون ادعاءاتهم على القاضى وذلك بتحديد موضوع هذا الادعاء وسببه واثبات كافة عناصره، فانهم بذلك يكونون قد خولوا القاضى بطريقة ضمنية أن يبحث ويثير كافة المسائل القانونية الكفيلة بحل نزاعهم[4].

والوسائل القانونية المتعلقة بالنظام العام يثيرها القاضى أيضا من تلقاء نفسه، بشرط أن تكون الوقائع المبررة لهذه العملية قد طرحها الخصوم على القضاء. وكل هذا يفترض المناقشة الحضورية للخصوم بصدد كافة المسائل التى يثيرها القاضى من تلقاء نفسه.

---

(١) - Normand. op. cit. p. 197.

(٢) - Faye: la cour de Casstion - 1903. p. 150.

(٣) - Vincent: la procédure civile et l'ordre public. mélange roubier T. II p. 303.

(٤) - Martin: Sur la nation de moen J. C. P. 1976. I. no. 2768.

هذا هو بايجاز دور القاضى بالنسبة للقانون، فهل يمكن القول بأن القاضى يتمتع بأية سلطة تقديرية ازاء قواعد القانون الواجب عليه اعمالها من تلقاء نفسه؟

١١٨ – لاشك أن القاضى حينما يقوم بتطبيق القانون واعماله على الوقائع المتنازع عليها. فإنه يقوم بعملية التكييف القانونى، ويقصد بهذه العملية مجموع العمليات الذهنية التى يقوم بها القاضى بقصد مقارنة الوقائع المطروحة عليه، بقاعدة قانونية يراها صالحة، من وجهة نظره، لحسم النزاع.

فاذا ما انتهى إلى أن الوقائع المطروحة عليه صالحة لأن تدخل فى مفترض القاعدة القانونية المعينة، فانه ينزل حكم الأثر القانونى الكامن فى ذات هذه القاعدة، وبالتالى يحسم النزاع[1].

واذا كان الواقع يعتمد فى جوهره على الارادة، فان القانون كذلك مناطه الارادة وجوهره الارادة.

وبذلك يتساوى الأساسى الفلسفى لكل من الواقع والقانون. فالقانون هو مجموع القواعد التى تصدر عن ارادة الدولة.

والقانون أيا كانت الصورة التى يظهر فيها. هو وليد ارادة مبصرة تعمل دائما على تحقيق الغايات العملية. وهذه الارادة تتأثر بالعديد من العوامل النفسية والثقافية والاجتماعية والسياسية وغيرها.

---

(١) راجع بالتفصيل فى عملية التكييف القانون فى قانون المرافعات :
- نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض. ص ١٣٠ الى ١٧٠.
- محمد محمود ابراهيم. التكييف القانونى للدعوى. ص ٣١٥ وما بعدها.
- سمير عبدالسيد تناغو. النظرية العامة للقانون. ص ٧ وما بعدها.
- أحمد سلامة. المدخل للقانون. الكتاب الأول – ١٩٧٤ ص ١٦.
- F. Terré l'influence de la volonté individuelle sur la qualification. thése Paris 1956. p. 530.

والنشاط الذى يقوم به القاضى فى مجال القانون، ليس نشاطا منشئا، فهو لا يخلق قاعدة قانونية، وحتى حينما يطبق مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى، فهو يستلهم حل النزاع من مصادر أخرى غير مصادر القانون المكتوب. وهو فى هذا المجال لا يمس وقائع النزاع، ولا يجرى فيها أى تعديل أو اضافة، فيظل البنيان الواقعى للنزاع هو هو كما طرحه الخصوم وأثبتوه. ولكنه، أى القاضى، يبحث عن حل لهذا النزاع ويتم ذلك، كما سوف نرى من بعد، باستلهام ضمير العدل والجماعة للتوصل الى حل لهذا النزاع. أى أن القاضى يتصور قاعدة قانونية تصلح للتطبيق على النزاع. وهو فى بحثه هذا يملك سلطة تقديرية فى البحث والتقدير والملاءمة فهو يخلق قاعدة قانونية لها مفترض ولها حكم صالح للاعمال على الواقع المطروح عليه. ولكن هذه القاعدة تفتقد العموم والتجريد.

لهذا لا يكون لهذه القاعدة القانونية أثر الا بالنسبة للحالة التى وجدت هذه القاعدة لحكمها.

١١٩ – أما فى غير الحالات التى يحل القاضى فيها النزاع باللجوء الى قواعد القانون الطبيعى ومبادئ العدالة. فانه يقتصر عى تطبيق القانون. وهو فى هذا العمل ليس مجرد آلة. بل هو صاحب نشاط هذا النشاط يوجد به جانب تقديرى دائما. هذا التقدير يظهر فى كافة مراحل تكوين العمل القضائى، حتى وان كل الظاهر أن سلطة القاضى مقيدة فى جميع عناصرها، فانه فى ذات هذا الفرض، لا يمكن القول بأن القاضى يفتقد سلطته فى التقدير.

فى مجال الواقع يقوم القاضى بعمل تقديرى فى بحثه الذهنى لما اذا كانت وقائع النزاع متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها أم لا. صحيح أنه يوجد فى هذا المجال العديد من القيود التى ترد على سلطة القاضى فى التقدير. ولكن هذه القيود لا تنفى السلطة التقديرية بل تؤكدها.

فكون الوقائع قد طرحت بالفعل من جانب الخصوم على القاضى. يعتبر

قيدا على حريته فى التقدير، وكون هذه الوقائع مستمدة من عيون الأوراق والمستندات وأنها أثبتت بمعرفة الخصوم، أو أن القانون قد أقام بشأنها قرائن قانونية تعفى من الاثبات، كل ذلك يعتبر قيودا ترد على سلطة القاضى التقديرية، ومع ذلك فهذه القيود لا تنفى هذه السلطة بل تؤكدها.

وفى مجال التكييف القانونى، فهو فى جوهره نشاط ذهنى ارادى يقوم به القاضى، وقد يخطئ فيه وقد يصيب، ومعيار الخطأ والصواب يرجع فى نهاية الأمر الى صحة أو فساد استخدام القاضى لسلطته التقديرية.

ومعنى ذلك أن عملية المقارنة التى يقوم بها القاضى، وهو بصدد التكييف القانونى للنزاع قدلا تكون صحيحة نتيجة لخطأ القاضى فى عملية القياس القضائى التى تتم بين الواقع وبين القانون، لأن القاضى اذ يمارس سلطة تقديرية مقيدة فى هذا المجال قد لا يجانبه التوفيق، فيقدر الوقائع بفهم مغلوط وبالتالى يخطئ فى اعمال التكييف وبالتالى يخطئ فى اعمال القانون.

فالقاضى يقدر الوقائع، وهو يقدر مدى تطابقها مع المفترض الكامن فى القاعدة القانونية، وأخيرا يقدر أن أثرا معينا لقاعدة قانونية معينة هو الذى ينطبق على واقع معين متنازع عليه، وبالتالى ينحسم النزاع على هذا الوقاع نتيجة لأعمال القانون.

١٢٠ – والمشرع من جانبه يعترف للقاضى فى كافة فروع القانون بسلطة تقديرية حقيقية وقد سبق استعراض ذلك، وحتى فى الأحوال التى لا يوجد فيها اعتراف صريح من جانب المشرع بهذه السلطة للقاضى فاننا لا نتردد فى الاعتراف له بها.

وسبب ذلك يرجع الى طبيعة وظيفة القاضى. فهذا الأخير هو عامل الدولة المنوط به اعمال القانون. واعمال القانون ليس عملا آليا، يتم بطريقة

تلقائية، وانما هو عمل ذهنى وفنى فى المقام الأول وهو عمل ارادى فى ذات الوقت.

واذا كان القانون هو ارادة مبصرة من جانب المشرع، أو غيره ممن له أو ممن يملك انشاد القواعد القانونية. فان هذا القانون فى كيانه أو فى عناصره المادية يشمل مجموع وقائع نموذجية يفترضها المشرع ويرتب عليها حكما أو أثرا معينا.

هذه المكونات المادية المكونة للقاعدة القانونية تجد أصولها الأولية فى العناصر الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية والثقافية وغيرها والتى صاغها المشرع فى مفترض القاعدة القانونية، ورتب عليها حكما معينا، هذا الحكم هو الأثر القانونى لتحقق هذه العناصر فى الحياة الواقعية، وذلك فى صورة نزاع يطرح على القاضى.

تطبيق حكم القاعدة القانونية، على الواقع المطروح على لاقاضى لا يمكن أن يتم الا بناء على عمل ارادى تقديرى يصدر من القاضى صاحب ولاية القضاء.

وما يقوم به القاضى من مقارنة، أى تكييف قانونى، يبين الوقائع المطروحة عليه، وبين العناصر النموذجية القائمة فى مفترض القاعدة القانونية، ما هو الا عودة بالقانون الى مصادره الأولية.

أى أن التحليل المقارن الذى يقوم به القاضى لوقائع النزاع ومفترض القاعدة القانونية، يعتبر فى رأينا مجرد عودة الى العناصر الأولية التى استمد منها القانون عناصر وجوده. هذه العودة ضرورية وحتمية:

لأنه اذا توصل القاضى الى القول بأن الواقع المطروح أمامه يتطابق تماما مع الواقع النموذجى الذى نظمه المشرع فى القاعدة القانونية. فان ذلك يهىء الفرصة أمام حكم القاعدة القانونية للانطباق.

وعلى ذلك فالسلطة التقديرية للقاضى أيا كان موقعه تجد أساسها فى ضرورة وحتمية اعمال القانون. لأن هذه السلطة – أيا كانت القيود التى ترد

عليها – هى التى تكفل اعمال القانون وبدونها يصير القاضى مجرد آلة لا قيمة لارادته أو نشاطه.

١٢١– وبهذا نكون قد انتهينا من الفصل الأول من هذا المؤلف، وفيه تم لنا استعراض فكرة السلطة التقديرية فى القانون الادارى والجنائى، والمدنى، وأخيرا قانون المرافعات.

وفى كل هذه المقدمات حاولنا ابراز مظاهر التقدير فى العمل القضائى وبيان ماهيته ووضع ضوابطه وتحليل عناصره.

ثم انتهينا من ذلك الى عدة نتائج :

١– أن القاضى أيا كان مكانه يملك فى جميع الأحوال سلطة تقديرية.

٢– وأن هذه السلطة هى أمر مرتبط أوثق الارتباط بطبيعة وظيفته.

٣– وأن تقدير القاضى يشمل الواقع ويشمل القانون فى آن واحد.

٤– وأن الأخطاء التى من الممكن أن تنسب الى القاضى بمناسبة اصدار العمل القضائى هى أخطاء فى التقدير.

٥– كما رأينا مدى الصلة التى توجد بين ضرورة اعمال القانون، وضرورة أن يتمتع القاضى بسلطة تقديرية.

٦– بل أكثر من ذلك فان وجود القاعدة القانونية ذاتها، يشمل ضمن عناصرها قيام وفعالية السلطة التقديرية للقاضى.

وننتقل الآن الى دراسة ماهية التقدير الموضوعى والتقدير الشخصى الذى يقوم به القاضى اعمالا لسلطته التقديرية وذلك فى فصلين متعاقبين.

الفصل الثانى

ماهية التقدير القضائى الموضوعى

١٢٢- حينما يشرح الفقه السلطية التقديرية التى يتمتع بها القاضى فانه يتحدث عن التقدير الموضوعى الذى يتمتع به القاضى، كذلك يتحدث الفقه عن التقدير الشخصى الذى قد يقوم به القاضى أيضا. ويعطى الفقه عادة تفسيرات موجزة لهذه المسائل. ودورنا الآن هو تطوير هذا الايجاز فى شكل دراسة كاملة للموضوع.

ولا شك فى جدوى هذه الدراسة علما وعملا، فمن الناحية العلمية تمكنا هذه الأبحاث من تحديد التقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى تحديدا دقيقا، كما نتمكن أيضا من بيان عناصره المكونة، وذلك حتى يمكننا بعد ذلك استخدام هذا التقدير فى مختلف نشاطات القاضى، وكذلك بيان مدى رقابة محكمة النقض على استعمال سلطة التقدير الموضوعى وهذا هو الجانب العملى لهذه الدراسة.

لهذا نقسم هذا الفصل الى المباحث الآتية:

المبحث الأول: تحديد معنى التقدير الموضوعى.

المبحث الثانى: تحديد عناصر التقدير الموضوعى.

المبحث الثالث: علاقة التقدير الموضوعى بالقواعد القانونية.

والى تفصيل هذه المسائل.

المبحث الأول

تحديد معنى التقدير الموضوعى

١٢٣- دراسة معنى التقدير الموضوعى تهدف إلى دراسة النشاط الذى يقوم به القاضى بهدف اعمال القانون على المركز المتنازع عليه، والذى طرحه الخصوم على القاضى.

هنا يكون القاضى ازاء واقع معين، هذا الأخير يتطلب حلا قانونيا، وعى القاضى أن يعطيه هذا الحل والا عد منكرا للدالة.

والقاضى ازاء هذا المركز المتازع عليه يملك ترسانة من أدوات الفن القانونى، ونشاطه كله ينحصر فى اصدار عمل قضائى يعمل بمقتضاه حكم القانون على هذا الواقع.

ولكى يتم اعمال القانون، فان القاضى حتما يقوم بعمل تقديرى، لازم بالضرورة لتطبيق هذا القانون. هذا التقدير قد يكون تقديرا موضوعيا وقد يكون تقديرا شخصيا.

نريد الآن تحديد معنى التقدير الموضوعى، هذه الدراسة تستدعى تقسيم هذا المبحث الى المطالب الآتية:

المطلب الأول: فى القانون الوضعى وأدوات الصياغة القانونية.

المطلب الثانى: فى مضمون وأهداف أدوات الصياغة القانونية.

المطلب الثالث: معنى التقدير الموضوعى على ضوء المراكز المتنازع عليها وأدوات الصياغة القانونية.

المطلب الأول

فى القانون الوضعى وادوات الصياغة القانونية

١٢٤- يعرف علم القانون أدوات متعددة للصياغة القانونية، هذه الأدوات يمارس من خلالها القاضى سلطته التقديرية. وفيما يتعلق بتحديد معنى التقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى حينما يمارس سلطته التقديرية، فانه يكون من الملائم استعراض أدوات الصياغة القانونية التى توجد فى الحياة القانونية، وهذا ما سوف نقوم به بايجاز فى هذا المطلب.

وأول أدوات الصياغة القانونية هى القاعدة القانونية، ويقصد بها القاعدة العامة المجردة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع والتى يقترن بها الجَزاء المادى والذى توقعه السلطة العامة(١).

ويجب الاشارة الى أن القاعدة القانونية هى الوحدة الأولية التى يتكون منها القانون. وتعبير القاعدة القانونية لا يتطابق بالضرورة مع تعبير النص القانونى. فهذا الأخير يشير فقط الى الحكم القانونى المدون كتابة فى صورة تشريع. وبناء عليه فالقاعدة القانونية قد تكون مدونة فى اطار نص قانونى وقد تكون عرفية أو متصلة بقواعد العدالة أو القانون الطبيعى يستخرجها القاضى من مصادرها غير المكتوبة ويعملها على وقائع النزاع.

والقاعدةالقانونية باعتبارها قاعدة عامة ومجردة تواجه حسم مركز واقعى متنازع عليه متطابق فى عناصره الواقعية مع الفرض الكامن فى ذات هذه القاعدة القانونية(٢).

---

(١) أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون - ١٩٧٤، ص ١٦.
- سميرتناغو - النظرية العامة للقانون - ١٩٧٤، ص ٨.
- حمدى عبدالرحمن - نكرة القانون ١٩٧٩، ص ١٠ وما بعدها.
- منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، جـ ١- ١٩٦١، ص ٢.

(٢) - Fabreguette, l'art de juger, p. 8.
- Marcel Stati: le Standard juridique, p. 52 et s.

١٢٥- والقاعدة هى الوحدة التى يتكون منها لاقانون، فهى علاقة مطردة بين ظاهرتين. الظاهرة الأولى هو ما يحدث فى الواقع، والثانية هى ما يجب أنيحدث اذا حدثت الظاهرة الأولى، فالقواعد القانونية لا تبين ما يحدث عملا بل ما يجب أن يحدث(١).

والقاعدة القانونية باعتبارها كذلك يمكن تحليلها الى عنصرين هما:

فرض القاعدة القانونية، والثانى هو حكمها أو أثرها القانونى.

والفرض القانونى هو الظاهرة التى ان تحققت فى الواقع وجب اعمال الحكم أى الأثر القانونى القائم هو أيضا فى القاعدة القانونية. والرابطة وثيقة بين الفرض والحكم على ما سوف نوضح فيما بعد.

ويجب الاشارة منذ البداية الى أن فرض القاعدة القانونية يتكون من عناصر نموذجية منظمة من قبل المذرع ومستمدة جميعها من المصادر المادية التى يستلهم منها المشرع قواعده.

وهذا الفرض عام وهو أيضا فرض مجرد. وفرض القاعدة القانونية له دائما محل. هذا المحل قد يكون مجرد واقعة مادية، يكفى التحقق منها بالمشاهدة. وقد يكون الفرض واردا على محل هو عبارة عن مركز قانونى معين.

هذا المركز القانونى قد لا يمكن التحقق منه ومن نوجوده الا باعمال قاعدة قانونية أخرى، مثال ذلك المادة ٨٠٢ مدنى التى تقرر أن لمالك الشىء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه. فالفرض هنا لا يمكن التحقق منه الا بالرجوع الى القواعد التى تبين متى يعتبر الشخص ماالكا(٢).

---

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع لاسابق، ص ٣١١.

(٢) محمد ابراهيم. المرجع السابق. ص ٣١٢.

- محمد لبيب شنب، مذكرات فى المدخل لدراسة القانون، ص ١٩.

- DABIN: la technique de l'élaboration du droit positif. 1935, p. 55.

- Fabreguette, l'art de juger, p. 79.

ومن جهة أخرى فقد يكون فرض القاعدة القانونية مكونا من وقائع مادية ومراكز قانونية.

ولكن يجب أن يلاحظ أنه فى الحالات التى يتركب فرض القاعدة القانونية فيها من مراكز قانونية، فان هذه المراكز تظهر فى صورة العناصر الاولية لهذه المراكز، ويقصد بالعناصر الاولية تلك العناصر التى يؤدى ادراجها فى الفرض الموجود فى القاعدة. الى جعلها عامة ومجردة، والتى يتوصل الى اعمالها القاضى عن طريق القياس القضائى.

١٢٦- والقاعدة القانونية بناء على ذلك تحتوى على فرض عام وجرد. والتجريد يعنى أن الفرض لا يتخصص بشخص أو أشخاص معينين بذواتهم، ولا يواقعة أو وقائع بذاتها، وانما يتم تعيين الأشخاص والوقائع بالأوصاف والشروط. وبذلك يتهيأ للقاعدة عموم التطبيق، بمعنى أن حكم القاعدة القانونية ينصرف الى كل الأشخاص الذينه يتحقق فيهم الوصف المذكور فى الفرض وكذلك الى كل الوقائع التى تتحقق فيها الصفات أوالشروط المذكورة فيه[1].

وكون القاعدة القانونية عامة ومجردة، فان ذلك يجعلها مهيأة لتطبيقها تطبيقات غير متناهية وغير محصورة.

وفى هذا تختلف القاعدة القانونية فى تطبيقها عن تطبيقات العقود والأحكام القضائية والقرارات الادارية.

فكل هذه الأعمال الأخيرة تستنفذ أثرها بمجرد انطباقها على حالة

---

(١) منصور مصطفى منصور - المرجع السابق، ص ١٩.
- سمير تناغو - المرجع السابق، ص ٣٨.
- حمدى عبدالرحمن - المرجع السابق، ص ٣٩.
- حسن كيره - المدخل للقانون، ص ١٥٠.
- توفيق فرج - المدخل للقانون، ص ٥٠.

محددة. أما القاعدة القانونية فانها لا تستنفذ بتطبيقها، بل هى تظل صالحة لتطبيقات أخرى عديدة وغير متناهية[1].

١٢٧- ومن جهة أخرى، فالى جانب فرض القاعدة القانونية، فان هذه الاخيرة تشتمل على حكم أو أثر قانوني، وهو الأثر الذى يوجب القانون تحقيقه اذا قام وتحقق الفرض.

وحكم القاعدة القانونية بين الآثار التى تنتج عند قيام الفرض المواجه والمحدد فى ذات هذه القاعدمة القانونية.

والحكم يرتبط بالفرض ارتباطا لا يقبل الفصم. بل اننا نستطيع القول بوجود وقيام رابطة سببية بين الفرض والحكم، فالفرض هو سبب الحكم، وعلة الحكم هى الفرض.

والحكم ينظمه المشرع بقدر الفرض الذى يضعه فى القاعدة محل الاعتبار. وكما أن فروض القواعد القانونية لا تحل بعضها محد البعض، فكذلك الأحكام أو الآثار القانونية للقواعد، فهى لا تقبل الحلول أو الأستبدال فيما بينها.

وحكم القاعدة القانونية له هو أيضا صفة العموم والتجريد السابق القول بأنهما من خصائص فرض القاعدة القانونية.

واذا كانت فكرة العمومية والتجريد فكرة فنية مرتبطة بصياغة القاعدة القانونية، الا أنها تعتمد على فكرة فلسفية مسبقة هى فكرة المساواة أمام القانون، وكذلك تعتمد على فكرة سيادة القانون.

وبالاضافة الى ذلك فان التجريد والعموم يرتبطان أيضا باعتبارات عملية مرجعها استحالة صدور قرارات خاصة تنظم سلوك كل فرد فى المجتمع على حدة.

---

(١) حمدى عبالرحمن – المرجع السابق، ص ٣١٥.

واذا كانت صفتا العموم والتجريد تكف عن التصاقها بالقاعدة القانونية بمجرد تطبيقها فى حالة معينة، فذلك يرجع الى انشاد مراكز قانونية خاصة، سواء كانت مراكز موضوعية أو مراكز شخصية.

هذه المراكز الخاصة ليست هى القاعدة القانونية ذاتها، وانما هى مجرد تطبيقات خاصة لها[١].

١٢٨- واضح مما تقدم أننا نتناول القاعدة القانونية فى ذاتها. نحلل مضمونها دون أن نتطرق الى دراسة العناصر التى استمد المشرع منها مكونات القاعدة، كذلك لا نتطرق الى بحث تطبيق لاقاضى لهذه القاعدة والعمليات التى يمر بها هذا التطبيق[٢].

تناولنا لهذه المسألة يرمى فقط الى بيان القاعدة كنوع من أنواع الصياغة القانونية التى يبين بواسطتها المشرع حكم القانون فى مسألة واقعية معينة. هدفنا من ذلك واضح وهو بيان سلطة القاضى التقديرية فى العمل القضائى حينما يتصدى لتقدير النزاع المطروح عليه تقديرا موضوعيا.

بالنظر للتحليل السابق للقاعدة القانونية فاننا نستطيع القول بأنها تتميز بالثبات والتحديد سواء فى عنصر الفرض، أو فى عنصر الحكم الكامن فيها.

هذا التحديد وهذا الثبات يؤدى الى القول بأن القاعدة القانونية تعطى نفس الحكم لكافة الحالات التى يتطابق فيها فرضها مع وقائع النزاع المطروح على القاضى.

ومع ذلك فالحياة تطرح على القاضى فى كثير من الحالات وقائع لا

---

(١) سمير تناغو - المرجع السابق، ص ٤١.
- نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، ص ١٦٠ وما بعدها.

(٢) - Gény, méthode d'interprétion. p. 100.
- Motulsky: Méthode d'une réalisation méthodique de droit positif. 1948, p. 50 et s.

يشملها مفترض أية قاعدة قانونية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان اعمال هذه القواعد القانونية يحث عل بحث مسألة ما اذا كان القاضى ملزما بأخذ الظروف الخاصة بكل نزاع فى اعتباره عند الحل النهائى لهذا النزاع أم لا؟.

وكل ذلك يثير مسألة سلطة القاضى ازاء اعمال القاعدة القانونية، ما هو نطاق وحدود هذه السلطة؟.

تؤجل الاجابة على هذا السؤال الى استطراد لاحق.

وننتقل الآن الى دراسة أداة أخرى من أدوات الصياغة القانونية التى توجد فى حوزة القاضى لمعرفة مدى تأثير ومساهمة هذه الأدوات فى قيام القاضى بالتقدير الموضوعى بعد أن نتولى تحديد معنى هذا التقدير.

١٢٩- مبادئ القانون تعتبر شكلا ثانيا من أشكال الصياغة الفنية فى المجال القانونى، فما هو المقصود بهذه المبادئ؟.

يختلف المبدأ القانونى عن القاعدة القانونية فى أنه لا يقدم حلا محددا للمسألة المطروحة على القاضى، وهو يقدم على العكس من ذلك فكرة عامة مشتركة بين مجموعة قواعد ترتبط بنظام قانونى معين يحكمه منطق واحد وتتحد مصادر قواعده.

والذى يميز المبادئ القانونية العامة فى الواقع هو افتقادها الى التحديد وعموميتها وتجريدها المنطقى.

ولكى نستخرج المبدأ العام محل الاعتبار فانه يجب القيام بعملية تحليل مجردة. هدف هذه العملية هو تحليل مجموع القواعد القانونية المتعلقة بنظام قانونى معين، بهدف استبعاد الخصوصيات المتعلقة بكب قاعدة وتفصيلاتها. ونحتفظ فقط بما تحويه هذه القواعد من أفكار أو فكرة عامة. هذه الفكرة العامة أو الأفكار العامة هى التى تشكل الأساس المشترك للحلول المعطاة من

قبل هذه القواعد لحل المنازعات التى تخضع للنظام القانونى الذى تنظمه تلك القواعد القانونية[1].

وعلى هذا الأساس فاننا نستطيع ملاحظة الصفة الذاتية التى تصاحب عملية استخلاص المبادئ القانونية والتى تعتمد أساسا على مهارة القاضى أوالمفسر. والمبدأ المعام لاذى يتم استخلاصه بهذه الكيفية هو مبدأ مجرد. ومع ذلك ورغم ظهور الصبغة الشخصية التى يعتمد عليها استخلاص المبدأ العام، فانه منهذا الأخير يتم استخلاص نتيجة معينة، هى الفكرة التى يقوم عليها المبدأ العام، وهى تعتبر حقيقة موضوعية محددة. وتستخدم هذه الحقيقة فيما بعد كنقطة بداية أكيدة لاستخلاص نتائج قانونية جديدة وغير متوقعة.

١٣٠- ومن جهة أخرى يحوز القاضى أداة ثالثة من أدوات الصياغة القانونية، هذه الأدوات تسمى المفاهيم القانونية les conceptions juridiques ويقصد بهذا المصطلح التأصيل القانونى لمجموعات القواعد القانونية والمبادئ القانونية التى تتصل بنفس الأفكار، أى التى تكون أفكارها واحدة.

وتهدف المفاهيم القانونية الى التبسيط عن طريق التأصيل.

ويتم التوصل الى هذه المفاهيم القانونية عن طريق تجريد القواعد القانونية والمبادئ العامة من خصوصياتها، للوصول الى الشكل المجرد لهذه الأدوات. ثم ادراج الأفكار الأساسية لهذه القواعد والمبادئ داخل طوائف أومجموعات وفقا لطبيعة العلاقة محل التنظيم. والنتيجة التى يمكن التوصل اليها بواسطة هذه الطريقة هى اقامة طوائف محددة للأفكار القانونية.

---

(١) - Gény: Science et Techniquue, T. 3. p. 198.
- Ray: Essai sur la structure logique - du code civil Français, Paris. 1926. p. 50.
- Lambert Le gouvernement des juges Paris. 1922, p. 60.

وعند استخدام هذه المفاهيم القانونية بواسطة القاضى أو المفسر فانه يتم ادراج كل رابطة قانونية، تتصل بمفهوم معين، داخل المفهوم الملائم لها، ويتم اعطاد هذه الروابط كافة الآثار القانونية التى يولدها هذا المفهوم[1].

ولا شك أن اتباع فكرة المفاهيم القانونية بشكل مطرد يولد أسوأ النتائج، لأن مقتضى فكرة المفهوم هذه وما يؤدى اليه مناستبعاد الخصائص اللصيقة بكل رابطة قانونية وعدم أخذها فى الاعبتار، وذلك من أجل ادخال هذه الرابطة فى طائفة قانونية معينة، واستخراج النتائج المترتبة على ذلك، كل هذا يؤدى الى مغايرة الواقع، والتوصل الى نتائج قد لا تكون صحيحة على اطلاقها.

ومن الثابت أن الاجراءات التى تؤدى الى التأصيل الموصل الى فكرة انشاء المفاهيم القانونية: le coneeptualisme يؤدى الى التضحية بالعناصر المعنوية، والاقتصادية، والاجتماعية، التى تشكل الأساس المادى لقواعد الحياة القانونية la vie juridique[2].

١٣١ - والى جانب أدوات الصياغة الفنية سالفة الذاكر توجد أداة رابعة وأخيرة من أدوات الفن القانونى تحت تصرف القاضى حينما يقوم بوظيفته فى حسم المنازعات. هذه الأداة هى الأداة هى «النمط القانونى» أو ما يسمى le Standard juridique[3].

ويقصد بعبارة Standard juridique القياس mesure أو النمط النموذجى Type modéle.

فهذا المصطلح يقصد به النمط النموذجى، أو اجتماع مجموع من

---

(١) - Geny: Science et Technique. T. 3. p. 192.

(٢) - Geny: Science et Tecjmoqie. T. I. P. 149.

(٣) مصطلح النمط القانونى هو من عندنا، أما المصطلح الأجنبى والعالمى فهو : le standard juridique.

العناصر والشروط المقبولة كمعيار تقديرى لطائفة من الأشخاص مرتبطين برابطة تعاقدية فى عملية محددة، تجارية أو مدنية[1].

وقد عرف هذاب المصطلح أيضا بأنه معيار متوسط للسلوك الاجتماعى الصحيح[2].

ويرى البعض الآخر من الفقه أن مصطلح Standard هو مجرد موجه عام لا يتقيد به القاضى، ويهدف هذا الموجه الى ارشاد القاضى أثناء تطبيقه للقانون[3].

ونعتقد أن فكرة الـ Standard juridique تتميز بالخصائص التالية، وهى تترك للقاضى حرية واسعة للتقدير :

١- فهو يتميز بأنه يتضمن تقديرا معنويا متوسطا للسلوك الذى يجب أن يكون أخلاقيا وفقا للظروف الزمانية والمكانية والعقلية.

٢- لا يتمضمن الـ Standard ولا يتطلب معرفة قانونية محددة وانما هو يعتد بالمعنى المشترك للتصرف وفقا للحدس وطبيعة الأشياد المؤسسة على الخبرة المكتسبة.

٣- ولا تصـــاغ أفكار الـ Standard فى صورة مجردة. وليس لها مضمون محدد. بواسطة القانون أو بواسطة أحكام القضاء. ولها طابع نسبى زمانا ومكانا. وتستجيب للظروف الخاصة بكل حاله.

هذه الفكرة اذا هى فكرة عملية تواجه حالات بعينها ولا يمكن اعطائها صفة العموم أو صفة التجريد. وعلى هذا الأساس يمكن فى النهاية تعريف الـ Standard بأنه:

---

(١) - Marcel Statl : Op. Cit. p. 35.

(٢) - Pound: The administratiye application of legal Standards, p. 12.

(٣) - AL Sanhoury: Les restrictions contractuelles á la liberté individuelle de travail p. 23.

العملية التى ترشد القاضى الى أن يأخذ فى الاعتبار النمط المتوسط للسلوك الاجتماعى داخل الطائفة المحددة الواجب أن يحسم النزاع الناشىء بصددها[1].

١٣٢- وعلى ذلك فهذا المصطلح يختلف عن القاعدة القانونية من ناحية أنه لا يصاغ فى قالب جامد، بل أن صياغته شديدة المرونة. وهو لا يعطى حلا محددا لحالة محددة، بل انه يبرز فكرة عامة أو توجيه عام يبين أنه فى حالات معينة، فان سلوك شخص معين يجب أن يحكم عليه بالنظر الى سلوك النمط النموذجى مثل السلوك الواجب اتخاذه فى هذه الحالة.

والـ Standard يختلف عن القاعدة القانونية من ناحية أخرى فى أنه غير ملزم للقاضى،فهو يرشد القاضى فى حالة معينة الى الحل الواجب التوصل اليه أخذا فى الاعتبار الظروف التى يحددها ذات هذا «النموذج النمطى». وبالتالى يتمتع القاضى بقدر أكبر من الحرية عنه فى الأحوال التى يطبق فيها قاعدة قانونية.

ومنهنا نستطيع القول بأن القاضى يتمتع بقسط وافر من حرية التقدير فى نطاق هذه الأداة من أدوات الصياغة القانونية.

١٣٣- ومن جهة أخرى فان الـ Standard القانونى يتفق مع فكرة المبدأ القانونى فى أن كلاهما يعتمد فى فكرة عامة، ومع ذلك فهما ليسا شيئا واحدا.

فالمبدأ العام اذ يعبر عن فكرة عامة، فان هذه الفكرة ليست أية فكرة كانت، بل هى فكرة تخص طائفة معينة داخل النظام القانونى. هذه الطائفة القانونية تقوم على فكرة جوهيرة توجد داخل النظام القانونى الذى يخصها ويعبر عنها المبدأ القانونى العام.

---

(١) - Stati : Op. cit. p. 45.

أما الـ Standard فهو لا ينحو تجاه التجريد. بل هو يبين مسلكا شخصيا معينا فى ظروف معينة، لكى يصل القاضى الى حل مسألة معينة.

ومن ناحية أخرى، فاذا كان الـ Standard يتخلص من التجريد، فهو لا يتخلص أيضا من التعميم، لأنه فكرة عامة وعملية، هو فكرة عامة لأنه ينطبق على جميع الحالات المماثلة للنموذج النمطى، وهو فكرة عملية لأنه يأخذ فى الاعتبار الخصائص الذاتية والتفاوت الذى قد يوجد فى الحالة محل البحث.

والـ Standard juridique ينحو تجاه العقلانية rationalité والملاءمة l'opportunité.

ويقصد بالعقلانية التوازن الحقيقى بين المصالح الاقتصادية والاجتماعية فى زمان ومكان معينين وبين التصرف الذى يراد الحكم عليه.

ويقصد بالملاءمة، ملاءمة التصرف الحاصل للظروف الحاصل فيها هذا التصرف.

١٣٤- وأخيرا فانه يمكن القول أن فكرة الـ Standard القانونى تختلف عن فكرة المفهوم القانونى la conception juridique من ناحية أن هذه الفكرة الأخيرة تقوم لعى التعميم والتجريد والتخلص من الأوصاف والجزئيات والفروق الطفيفة التى توجد فى الحالات الخاصة التى تنظمها لاقواعد لاقانونية لتصل الى المفهوم العام شديد التجريد لهذه الحالات.

وهى فى ذلك تختلف عن فكرة الـ Standard من ناحية أن هذا الأخير وان كان عاما، أى أنه ينطبق على كافة الحالات التى يشملها، الا أنه يأخذ فى الاعتبار الظروف الخاصة بالنمط النموذجى الذى يعالجه.

هذه هى أدوات الصياغة القانونية التى توجد تحت تصرف القاضى، ونعالج فيما يلى أهداف هذه الأدوات الفنية.

المطلب الثانى

مضمون وأهداف أدوات الصياغة الفنية

١٣٥- باستعراض فكرة أدوات الصياغة لافنية التى توجد فى الحياة القانونية كان هدفنا من ذلك هو ابراز الأدوات التى يستخدمها القاضى فى أعمال سلطته التقديرية. كما سوف يتضح لنا من بعد.

أما مضمون هذه الأدوات، فقد وضح من العرض السابق أن هذا المضمون يتلخص فى اقامة النظام العادل فى المجتمع.

واذا نظرنا من قرب الى مضمون أدوات الصياغة الفنية فاننا نلاحظ أن القواعد القانونية، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة تتصور فروضا نظرية نموذجية عامة ومجردة، وتضع لها أحكاما عامة ومجردة أيضا.

أما مضمون المبادئ العامة فيتلخص فى البحث عن الأفكار البحتة التى تؤسس عليها طوائف القواعد القانونية المختلفة وفقا للنظام القانونى الذى توجد هذه القواعد بداخله، وذلك بعد تجريد هذه القواعد من خصوصياتها وأوصافها وحالاتها الخاصة، ولا نبالغ فى القول اذا ذكرنا أن المبادئ العامة ذاتها يمكن تحليلها وتجريدها وتعميمها بصورة أكثر حدة لنصل من ذلك الى فكرة المفهوم القانونى لطائفة أو أكثر من المبادئ والقواعد القانونية.

أما فكرة الـ Standard juridique فهى فكرة حديثة نسبيا، ولم تظهر الا فى لاقرن التاسع عشر، وتجد مجالها الواسع فى الفكر الأنجلوسكسونى، وهى تهدف الى معالجة مساوئ القواعد القانونية(١).

وفكرة الـ Standard تقوم على اعتبارات الملاءمة، فهى تحدد أنماطا نموذجية للسلوك القانونى، فى ضوء الظروف الاقتصادية والاجتماعية المتغيرة، وتواجه معيارا نموذجيا متوسطا، له صفة العمومية، وخاليا من

(١) - Marcel Stati: Le Standard juridique. thése, Op. cit. p. 175.

التجريد. وهدف خلو الـ Standard : من التجريد يؤكد اعتبارات الملاءمة التى تقوم عليها هذه الفكرة.

فالاعتبارات العملية اللصيقة بكل حالة على حدة يعالجها الـ Standard تؤخذ فى الاعتبار عندما يتصدى القاضى، أو غيره، لحل النزاع.

١٣٦- هذا هو مضمون أدوات الصياغة القانونية باختصار. ومعه نلاحظ أن كل هذه الأدوات تواجه فروضا عملية، ونضع لها حلولا. هذه الفروض وتلك الحلول تكون مجردة وعامة، كقاعدة عامة، والمكلف باستعمال هذه الادوات هو الذى يقوم ببحث مدى انطباقها على الحالات الواقعية المعروضة عليه. فى هذه المرحلة تستخدم سلطة التقدير - كما سوف نرى من بعد - أى أن سلطة التقدير تظهر فى مرحلة تطبيق القانون.

وهدف هذه الأدوات جميعا هو اقامة النظام العادل فى المجتمع، بواسطة العضو المنوط به ذلك.

وننتقل الآن الى دراسة معنى التقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى حينما يتصدى لحل النزاع.

المطلب الثالث

معنى التقدير الموضوعى على ضوء أدوات الصياغة القانونية

١٣٧- ان اصدار حكم على أى تصرف انسانى يطرح مشكلة التقدير الموضوعى والتقدير الشخصى، بمعنى أن السؤال يكون هو: هل من الملائم تقدير السلوك الانسانى تقديرا موضوعيا أو مجردا، أم يجب الأخذ فى الاعتبار للعوامل الذاتية المتعلقة بمن صدر عنه السلوك؟.

والقاعدة العامة فى هذا المجال هى أن التقدير الذى يقوم به القاضى يكون تقديرا موضوعيا أو مجردا فى الأحوال التى يحمل فيها الشخص

بالتزام معين. ويكون التقدير – كقاعدة – شخصيا فى الأحوال التى يريد فيها القانون حماية شخص معين.

والواقع – كما سوف نرى – أنه لا يوجد فاصل عميق بين التقدير الموضوعى، والتقدير الشخصى، فهناك نوع من التداخل بين هذين التقديرين سنراه بالتفصيل فيما يلى[1].

والتقدير الموضوعى شأنه شأن التقدير الشخصى يمكن النظر اليهما كأدوات استدلال قانونى ومنطقي لتحديد نطاق ومضون الأفكار القانونية المختلفة.

ومن الناحية العملية فان سيادة أى تقدير على الآخر تتوقف على ما اذا كان الأخذ فى الاعتبار عناصر ذ تية أو شخصية سوف يؤثر أم لا على مضمون الواجب أو الالتزام الذى حصل الاخلال به. ففى أحوال الخطأ مثلا، هل من الملائم ترك الاعتبارات الذاتية جانبا لتحديد مضمون الالتزام الذى ترتب على مخالفته وقوع الخطأ، وهذا هو المعيار الموضوعى.

أم أنه من الواجب أن تؤخذ الاعتبارات الشخصية فى الحسبان عند تقدير مضمون الالتزام الذى أخل الخطأ به؟.

الاجابة عن هذا السؤال تقتضى التصدى لتعريف التقدير الموضوعى فى ذاته وذلك لبيان ماهيته.

١٣٨– القانون المدنى – كقاعدة عامة – يغلب المعيار الموضوعى فى التقدير على المعيار الشخصى، وذلك بهدف بعث الاستقرار فى نطاق الحياة القانونية. ويقصد بالمعيار الموضوعى من وجهة النظر التشريعية ان المشرع

---

(١) H. Mazaud: Préface de l'ouvrage de M. Déjan de la Batie, - Appréciation in abstracto et Appréciation in concreto thése, 1965.

يقوم بتشييد معايير عامة غير قابلة للتغيير ومؤكدة وقائمة على التجربة المستمدة من الملاحظة العامة والمجردة للسلوك المتوسط.

مثال ذلك تحديد سن الرشد. وعند اعمال المعيار الموضوعى بواسطة القضاء فان هناك العديد من العوامل الواجب أخذها فى الاعتبار. وعلى رأسها اعتبارات العدالة والخير العام.

وهذه المسائل تعتمد على ظروف كثيرة التعقيد، وبناء على ذلك يقع على القاضى واجب تقدير مختلف الظروف التى تحيط باعمال المعايير التشريعية.

ويقع على عاتق القاضى بناء على ذلك واجب تقريب الافكار القانونية للظروف الخاصة بكل حالة.

والتقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى، يفترض أننا امام قاعدة قانونية، ومجموع واقعى ميعن يدعى أنه صالح لاعمال هذه القاعدة عليه. كما يفترض – نظريا – أن القاضى فى بحثه لمجموع الوقائع يجب عليه أن يتجرد من بحث الظروف الخاصة والداخلية المتعلقة بهذه الحالة. ويجب عليه أن يتعرض لهذه الوقائع بطريقة مجردة وكما لو كانت الظروف الخاصة بهذه الوقائع لا شأن لها بتقديرها قضائيا[١].

ومع ذلك فالتقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى وذلك بالرجوع الى نموذج متوسط عام للسلوك المعتاد، لا يستبعد تماما جميع الظروف الخاصة والداخلية المتعلقة بالحالة محل التقدير القضائى.

فالتقدير الموضوعى لا يترك جانبا الا الظروف الخاصة والداخلية التى لها صفة شخصية، أى المتعلقة بأشخاص الخصوم. وعملا فان ذلك لا يؤدى

---

(١) - Rabut: De la notion de faute en droit privé, thése. Paris, 1946, p. 115.

الى التقدير المجرد للأشياء، لأن القاضى اذا كان يستبعد من تقديره العناصر المتعلقة بشخص الخصم، الا أنه يأخذ فى اعتباره العناصر المتعلقة بالحالة محل البحث.

ففى التقدير الموضوعى يستبعد لاقاضى العناصر الخاصة بأشخاص النزاع، ولكنه يأخذ فى اعتباره الظروف الخارجية عن أشخاص الخصوم والتى تميز وتحدد مركزا قانونيا معينا.

وسبب استبعاد بعض العناصر، والاحتفاظ بالبعض الآخر هو أن تقدير القاضى لن يتأثر بما تم استبعاده، ولكن ما تم الاحتفاظ به هو الذى يؤثر على النتيجة التى سيتوصل اليها القاضى.

فالتقدير الموضوعى يأخذ فى الاعتبار فقط العناصر الخارجية عن شخص المخاطب بالقانون، ويهمل العناصر الذاتية المتعلقة بذات هذا الشخص، طالما كان من شأن العناصر الأولى التأثير فى النتيجة التى يتوصل اليها تقدير القاضى.

ومثال للعناصر الخارجية التى تؤخذ فى الاعتبار، الاعتبارات المجردة، والقوانين الطبيعية العامة، فتقدير الطيش أو عدم التبصر يقتضى أن يؤخذ فى الاعتبار وجود خطر مرتبط بسلوك معين.

وعلى ذلك فاذا أردنا اجراد التقدير الموضوعى بالنسبة لالتزامات المودع لديه، فيجب أن تؤخذ فى الاعتبار المخاطر التى يتعرض لها الشىء المودع وفقا لطبيعة الأشياء، أى وفقا للظروف العادية، ووفقا لخصائص الشىء ذاته فى الوضع العادى للأمور(١).

١٣٩- ويثور الآن التساؤل حول الحكمة من أن يأخذ القاضى فى

---

(١) - Niël Déjean de la Batie, Op. cit. p. 5.
- Antoine Pirovano: Faute civile et faute penale thése. Aix. en, provence, 1966, p. 133.

اعتباره بعض الظروف ويترك البعض الآخر. ومع ذلك فالاجابة على هذا السؤال سهلة، وهى تتعلق بأهداف النظام القانونى ذاته، التى ترمى الى الثبات والاستقرار.

ويلاحظ من جهة أخرى - كقاعدة عامة - أن الأفكار القاعدية Le notions normatives أى الأفكار التى تحتوى على قواعد عامة، أو عناصر مجردة، كقاعدة الخطأ مثلا، تظهر فى الاحوال التى يواجه فيها المشرع الروابط القانونية فى جانبها السلبى أى حينما يواجه التزامات المدين.

أما الأفكار التى ترجع الى معطيات انسانية واقعية مثل المصلحة والحاجة، والضرر، أو الأفكار المتعلقة بالنية كحسنها أو سوئها، أو بالغلط، أوالاكراه فى عيوب الرضا، هذه الأفكار تظهر حينما يواجه المشرع الروابط القانونية فى جانبها المتعلق بحماية الأشخاص القانونية.

وعلى ذلك يظهر التقدير الموضوعى فى النوع الأول من الروابط، ويتخلف ويحل محله التقدير الشخصى فى النوع الثانى منها. ومع ذلك يوجد تداخل - عملى - بين هاتين الحالتين، بحيث يمكن القول بأنه لا يوجد فاصل حاسم بين التقدير الموضوعى والتقدير الشخصى، بمعنى أن ذين التقديرين ليس لهما صفة الاطلاق، بل صفة النسبية(١).

ولا شك أن تقدير القاضى يواجه مصلحتين يجب عليه تغليب حماية أحدهما على الأخرى:

- المصلحة العامة التى تقتضى حماية الثقفة المشروعة فى سلوك الأشخاص وهى مصلحة عامة اجتماعية.
- مصالح الخصوم أنفسهم.

وعلى ذلك فقاعدة السلوك تهدف الى الاستقرار عند نقطة التوازن بين

(١) - Cotnu: Etude Comparative de la responsabilité délictuelle en droit privé et droit public. Paris. 1951.

هاتين المصلحتين. واختيار القاضى للتقدير الموضوعى، أو التقدير الشخصى معناه التضحية باحدى هاتين المصلحتين. ففى التقدير الموضوعى يضحى بمصالح الطرف السلبى فى الرابطة أى محدث الضرر أو المدين.

وسبب ذلك هو أن القاعدة القانونية تعتنق فى هذه الحالة معيارا موضوعيا لا يأخذ فى الاعتبار الصالح الشخصى للطرف السلبى فى العلاقة القانونية. والعكس بالعكس فى حالة التقدير الشخصى.

١٤٠- وعلى ذلك ففى نطاق الالتزامات التعاقدية فان عملية التقدير الموضوعى تقوم أو تعتمد على الارادة الضمنية للأطراف. وهذه الارادة بدورها تعتمد لعى الاعتبارات العامة التى يفترض قيامها فى المتعاقدين بصفة مجردة، ولا عبرة بالخصائص اللصيقة بأشخاص العقد.

وفيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية فان التقدير الموضوعى للخطأ فيها يعتمد أساسا على الاخلال الحاصل بالالتزامات القانونية، بشرط أن يكون هذا الاخلال هو الاخلال العام أو المشترك وفقا لمعيار الرجل العادى.

أما الاخلال الذى يرجع الى نقائص خاصة بمحدث الضرر فانه لا يؤخذ فى الحسبان كعنصر من عناصر التقدير.

ومن أحكام القضاء فى هذا الصدد فانه قد تم استبعاد الخطأ على أساس أن محدث الضرر لم يصدر مه ما يخالف الانتباه المطلوب من الشخص العادى(١). أو طالما كان يتصفر كشخص حريص(٢). واذا كان التقدير الموضوعى يعتمد لعى عناصر مجردة منالاعتبارات الشخصية الذاتية - كقاعدة عامة - فانه يعتمد من ناحية أخرى على قواعد قانونية ذات مضمون موضوعى مجرد هى أيضا(٣).

---

(١) - Cass. civ. 12/ 10/ 1955. D. 1956, p. 301.
(٢) - Civ. 20/ 7/ 1957. D. 1958, p. 111.
(٣) - Dejan de la Batie, Op. cit. p. 30.

١٤١- والخلاصة هى أنه فى التقدير الموضوعى فاننا نعتمد على معيار السلوك المألوف للشخص المعتاد. ويقصد بذلك استبعاد الظروف الذاتية لهذا الشخص اذ هى ظروف داخلية لصيقة به. ومع ذلك فليس لنا أن نجرد هذا الشخص من الظروف الخارجية التى تحيط به. فهى ظروف عامة تتناول جميع الناس وأهمها ظروف الزمان والمكان.

ولا شك أن التقدير الموضوعى اذ ينتصر لمصلحة الجماعة، فهو يضحى بمصلحة الفرد :

ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة، اذا أخذ بهذا المعيار، كان عليه أن يتحمل تبعة نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادى. وهذه التبعة اذا كانت تعتبر خطأ بالنسبة الى المعيار الموضوعى. فهى لا تقوم على أى خطأ بالنسبة الى المعيار الذاتى[١].

وننتقل الآن الى دراسة تحديد عناصر التقدير الموضوعى.

---

(١) السنهورى - الوجيز، نظرية الالتزام بوجه عام، ص ٣١٥.

المبحث الثانى

فى عناصر التقدير الموضوعى

١٤٢- بحث عناصر التقدير الموضوعى يقتضى تقسيم هذا المبحث الى المطالب الآتية :

المطلب الأول: نشاط القاضى فى اعمال التقدير الموضوعى.

المطلب الثانى: مادة هذا النشاط، واقع وقانون.

المطلب الثالث: معيار صحة التقدير الموضوعى.

ونفصل ذلك فيما يلى.

المطلب الأول

نشاط القاضى فى اعمال التقدير الموضوعى

١٤٣- فى الوضع العادى للأمور فان القاضى يطرح امامه مركزا قانونيا متنازع عليه، ويطلب منه الخصوم حسم هذا المركز.

هذا المركز القانونى يقدم الى القاضى فى شكل مجموع من الوقائع، قد يصفها الخصوم بوصف قانونى معين، وقد لا يسبغون عليها هذا الوصف، والقاعدة فى هذا الشأن أنه لا يوجد أى التزام على عاتق الخصوم بوصف نزاعهم وصفا قانونيا. وحتى لو وجد هذا الوصف فهو لا يقيد القاضى كما سبق القول، لأنه هو الملزم باعطاء التكييف القانونى للنزاع وحسمه وفقا للقانون(١).

عند طرح مثل هذا النزاع على القاضى، فانه يبحث مسألة اختصاصه به، وذلك عندما يتصل علمه بهذا النزاع. فاذا وجد أنه مختصا به، نطرق بعد ذلك لبحث مسألة قبوله، وتفترض أن النزاع كان مقبولا لتوافر شرائط القبول.

بعد ذلك يتعين على القاضى حسم هذا النزاع وذلك بتطبيق القانون على وقائعه. ويهمنا فى هذا النطاق بحث نشاط القاضى فى اعمال التقدير الموضوعى فى هذه المرحلة.

ولا يعنى ذلك أن القاضى لا يقوم باستعمال سلطته التقديرية الا فى هذه المرحلة، فالمتصور أنه يستعملها أيضا فى المراحل السابقة على فحص الموضوع، ونقصد بذلك مرحلة تحديد الاختصاص، ومرحلة تقرير القبول(٢).

---

(١)
- J. normand: Op. cit. p. 197 et s.
- Motulsky: Etudes et Ecrits, p. 175.

(٢) نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى - ١٩٨١ منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ١٨٠ بعدها.

وفى مرحلة نظر المركز المتنازع عليه فانه من الثابت - كما سبق القول - أن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية. هذه السلطة التقديرية، فى جانبها المتعلق بالتقدير الموضوعى اطارها العام هو النشاط الذهنى الذى يقوم به القاضى. هذا النساط الذهنى يمر بالعديد من المراحل التى يستطيع المنطق رسم حدودها. ففى المراحل الاولى يبحث القاضى فى مدى تعلق وقائع النزاع بالدعوى، أى بمدى قدرة وكفاءة هذه الوقائع فى اثبات الواقعة الأصلية. ثم يبحث مدى انتاج الواقعة فى الأثبات أى دورها فى اثبات الواقعة الأصلية.

١٤٤- وفى هذه المرحلة الأولى من فحص الوقائع، فانه يتعاصر مع هذا الفحص وداخل ذهن القاضى مجموع من القواعد القانونية سواء تعلقت بالاثبات أم بالموضوع أم بالاجراءات. وبالاضافة الى ذلك يقوم فى ذهن القاضى وفى ذات هذه المرحلة مجموع من المبادئ العامة للقانون والعدالة. كل ذلك يكون فى مرحلة التفكير وبحث مدى تعلق وانتاجية الواقعة بالدعوى المطروحة على القاضى.

فتعلق الواقعة بالدعوى، وانتاجها فيها يمر ذهنيا بمراحل متعددة، فنشاط القاضى ينصب على الوقائع المادية المطروحة عليه بواسطة الخصوم، وتتم مقارنتها بمجموع واقعى نموذجى مجرد وقائم فى فرض القاعدة القانونية.

والقاضى فى بحثه عن تعلق وانتاج الواقعة فى الدعوى، فى ذات هذه المرحلة، يجرى عملية تقدير موضوعى حتى يتم له تصفية الوقائع، والاحتفاظ فقط بالوقائع الفعالة التى تفيد فى حسم النزاع(١).

واذا ما أردنا النظر الى نشاط القاضى فى اعمال التقدير الموضوعى فى هذه المرحلة، فاننا نستطيع القول بأن القاضى يبحث المعيار العام للواقعة المنتجة والمتعلقة بالدعوى. ذلك المعيار الذى يستبعد من حسابه الاعتبارات

(١) - Antoine Pirovano: Faute civile et Faute pénale. Thése précitée, p. 135.

الشخصية اللصيقة بذوات الخصوم، وفقا للتصوير الذى يرد بالقواعد القانونية ذاتها[١].

وفى هذا المعنى تقرر محكمة النقض المصرية أن بحث أمر تحقق اتحاد الموضوع فى الدعويين يعد فصلا فى مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع ولا معقب على حكمه فيها متى كان قد اعتمد على أسباب من شأنها أن تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها[٢].

وأيضا قضت محكمة النقض بأن تقدير أدلة الصوريه هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى[٣].

وحكمت أيضا بأن تقدير وسائل الاكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها فى نفس المتعاقد هو من الامور الموضوعية التى يستقل بالفصل فيها قاضى الموضوع، مراعيا فى ذلك جنس من وقعت عليه، وسنه أو حالته الاجتماعية والصحية[٤].

وأن استخلاص ثبوت لاضرر أو نفيه هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ما دام الدليل الذى أخذ به فى حكمه مقبولا قانونا[٥].

١٤٥- والذى نريد التركيز عليه فى هذه المرحلة من مراحل البحث هو أن القاضى يستخلص الوقائع الفعالة فى الدعوى ويقوم بنشاط ذهنى محله واقع وقانون، وبغض النظر لعى مادية الوقائع وسلطة الخصوم ازائه، وبغض النظر كذلك عن نموذجية وتجريد القاعدة القانونية وسيطرة المشرع عليها، فالقاضى يمارس حتما سلطته التقديرية فى اطار هذا الواقع وذلك القانون.

---

(١) N. D. de la Batie: Appréciation in Abstracto et Appréciation in Concréto, Op. cit. p. 303.

(٢) نقض مدنى ٢٤/ ٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض س ٢١ ص ٢٩٥.

(٣) نقض مدنى ٢٨/ ٤/ ١٩٧٠ مجموعة النقض س ٢١ ص ٧١٤.

(٤) نقض مدنى ٩/ ٦/ ١٩٧٠ مجموعة النقض س ٢١ ٧٤٨.

(٥) نقض مدنى ٣١/ ١٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض س ٢١ ص ١٣١١.

واذا ما قام بتقدير موضوعى لوقائع النزاع فانه يتعين عليه أن يطابق نشاطه مع الموجهات القانونية وفقا للاعتبار الذى يحدده القانون.

والقاعدة القانونية حينما تحدد للقاضى معيار تقديره ونفترض هذا أن المعيار كان موضوعيا، فان الذى يتولى بحث هذا المعيار وتحديده هو القاضى، فهذا الأخير هو لاذى يقوم باجراء المقارنة حينما يتصدى لجوهر المركز المتنازع عليه بقصد حسمه. يقارن بين المجموع الواقعى المطروح عليه. وبين النموذج الموضوعى الكامن فى لاقاعدة القانونية. ليصل الى القول بمطابقة أو عدم مطابقة واقع الحال. لما هو منصوص عليه فى القانون[1].

فاذا كان معيار التقدير الموضوعى هو الرجوع الى نموذج عام مجرد، متخلصا من كل نقائص وخصوصيات أشخاص الخصوم، وأخذا فى الاعتبار خصوصيات ذات هذا النموذج، أو ذات هذا المعيار، فان القاضى هو الواقع عليه واجب التوصل الى هذا المعيار.

القاضى لديه محددات، أو موجهات، لكنه هو الذى يقوم بكل النشاط للتوصل الى نتيجة تؤدى الى اعمال القانون، القاضى هو الذى يقوم بمقارنة مجموع الوقائع المطروح عليه، والذى خضع لتقديره الموضوعى من قبل، والنموذج المعيارى المجرد الذى يحدده القانون، أو يرشد اليه.

نتيجة المقارنة هى نتيجة العمل التقديرى، وهى التى توصل الى اضفاء الوصف القانونى على النزاع، وذلك تمهيدا لحسمه[2].

١٤٦- نشاط القاضى فيما يتعلق بالتقدير الموضوعى فى هذه المرحلة يتلخص فى محاولة البحث عن المعيار الموضوعى الذى يوجهه اليه

---

(١) - Mazeaud et Tunc. Droit civil, T. I. P. 710.

(٢) - Pirovano: Op. cit. p. 133.

- N. D. de la Batie. Thése, précitée, p. 195.

- السنهورى - الوجيز - ص ٥٥٥.

المشرع، ثم بعد ذلك يقارن الوقائع المطروحة عليه به، وذلك ليستخلص من ذلك جميع النتائج المنطقية المترتبة على ذلك.

وعلى ذلك يتعين علينا بحث مادة هذا النشاط، وكشف جوهر نشاط القاضى ازاء مادة التقدير وبيان الوسائل الفنية التى عن طريقها يقوم القاضى بانجاز هذا التقدير.

المطلب الثانى

مادة النشاط التقديرى الموضوعى

١٤٧- يتضح من المطلب السابق أن مادة النشاط الذهنى التقديرى الموضوعى الذى يقوم به القاضى حينما يتصدى للفصل فى نزاع معين رفع اليه، تتكون من واقع وقانون.

هذه البديهية رغم بساطتها الشديدة الا أنها تثير أعقد المشاكل فى نطاق التقدير الموضوعى القضائى. لأنه داخل هذا الواقع وذلك القانون يوجد معيار عام نموذجى، يجب على القاضى أن يصل اليه لكى يطبق القانون.

الوصول الى ذلك المعيار هو من عمل القانون بتوجيه من المشرع وفقا للمصلحة التى يؤسس عليها هذا الأخير سياسته التشريعية.

ولنرى الآن تقدير القاضى الموضوعى لمادة نشاطه، أيا كانت التركيبة الذهنية المنطقية التى يتبعها القاضى، سواء كانت منطقا صوريا، أو منطقا غير صورى(١).

١٤٨- ويقصد بالمنطق الصورى بايجاز ذلك القياس العقلى أو القياس التقديرى الذى يقوم به القاضى، والذى يؤدى الى تحقق النتائج اذا وجدت المقدمات التى تؤدى اليها.

(١) - Ch. Perlman: Logique judiciaire, Dalloz. 1976.
- Hebraud: La logique judiciaire, in colloque de philosophe du droit Comparé. Toulouse. 1960.

وداخل المنطق الصورى يتم العمل عن طريق المقارنة بين مقدمة كبرى، ومقدمة صغرى للتوصل الى النتيجة الضرورية من هذا القياس. وقد يتم لامنطق الصورى عن طريق عملية قياس واحدة، كما قد يتم عن طريق العديد من عمليات القياس المتتابعة، بحيث تكون كل عملية مقدمة للتى تتلوها.

والمنطق الصورى هو فى جوهره قياس، فاذا وجدت المقدمات توجد النتائج، وهذا المنطق لا يهتم بطبيعة مادة القياس، وانما ينصب جل أهتمامه على دراسة صورة الفكر.

وفى مجال القانون فان المنطق لاصورى يعيبه عدم التأكد على وجه اليقين من صحة المقدمات الضرورية لاعماله. فلا يمكن التأكد من صحة الوقائع، ولا صحة التفسير القانونى للقواعد القانونية.

١٤٩- ويبدأ المنطق غير الصورى من بداية معينة وهى أن القاضى يحوز سلطة، وبناء على هذه السلطة فله أن يختار ويقدر المقدمات التى يحوز سلطة، وبناء على هذه السلطة فله أن يختار ويقدر المقدمات التى يبنى عليها قراره، وذلك فى سبيل الوصول الى الحل الذى يراه مناسبا.

والمنطق غير الصورى يقوم بصفة أساسية عى ايراد الحجج والبراهين التى تدل على أن القاضى قد توصل الى قراره بشكل صحيح.

وأيا كانت الصورة، أو الشكل الذى يتخذه القاضى للتوصل الى اعمال نشاطه التقديرى، فالذى يهمنا هنا هو ابراز دور وأثر هذا النشاط فى المادة التى تشكل محلا منطقيا له[١].

ففيما يتعلق بالقاعدة القانونية التى يقدر القاضى أنها محتملة التطبيق، وفى نطاق القواعد التى تهدف الى حماية مصلحة عامة، وبالتالى تضع

---

(١) - Husson: La logique juridique, nouvelles études sur la pénsée juridique. Dalloz. 1974.

معيارا موضوعيا مجردا ومرنا. فانه يقع على عاتق القاضى التوصل الى تحديد هذا المعيار. وهو فى ذلك يسلك سلوكا تقديريا موضوعيا. فالمعيار النموذجي الوارد بالقاعدة القانونية، رغم أنه حينما تدخل المشرع بتنظيمه قد استمده من عناصر واقعية، قد تكون فى بعضها ذاتية لصيقة بنقائص أوبصفات متميزة فى الأشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية، الا أنه بمجرد صياغة هذا النموذج تشريعيا، فانه يكتسب صفة التجريد والعموم اللصيقة بكافة عناصر القاعدة القانونية.

فكأن المشرع – فى نطاق التقدير الموضوعى – يقدم للقاضى موجها عاما مجردا. ولكن لا يجب أن نقف عند هذه المرحلة، بل يجب أن نتقدم الى ما بعدها. القاضى ازاء هذا المعيار يتعين عليه أن يقدره على ضوء الوقائع المطروحة عليه. فهم القاضى للمعيار الوارد بالقاعدة القانونية، هو عمل تقديرى، يتعلق بفهم القانون. محاولة اعمال هذا المعيار على واقع النزاع.

١٥٠– ففى داخل دائرة الوقائع يقوم القاضى وفقا لأس التقدير الموضوعى السابق دراستها بتخليص هذه الوقائع من كافة العناصر الذاتية بأشخاص الأطراف. ولا يحتفظ الا بالعناصر الخارجية المحيطة بهذه الوقائع، والمتعلقة –كقاعدة – بذات المركز المتنازع عليه.

فى سياق هذا العمل التحليلى، نلاحظ بقوة أن لاقاضى يقوم باستشفاف عناصر المعيار الموضوعى المجرد من مجموع الوائع المطروحة عليه.

وبمعنى آخر نلاحظ فى هذه المرحلة من مراحل العمل الذى يقوم به القاضى أنه يقوم بعملية تفتيت المعيار العام الوارد بالقاعدة القانونية، وتحويله مرة ثانية الى عناصره الواقعية، تلك العناصر التى كان المشرع قد قام من قبل بتجريدها وصياغتها بشكل مجرد فى القاعدة القانونية.

فكأن القاضى يعود بالقاعدة القانونية مرة ثانية الى عناصرها الواقعية،

وذلك عن طريق قيامه ببحث مدى توافر أو عدم توافر المعيار الموضوعى فى وقائع النزاع. صحة عملية التقدير الموضوعى هذه مرتبطة أوثق الارتباط بسلامة النشاط الذى يقوم به القاضى. وهذه السلامة تختلف باختلاف القضاة وباختلاف ما يوجد بينهم من فروق فردية.

القاضى اذا ينشط على محورين فى اعماله للتقدير الموضوعى. محور الواقع ومحور القانون، وأيا كان المنطق الذى يتبعه، وأيا كان شكل الاستدلال الذى يقوم به.

١٥١ – ففى المنطق الصورى الذى تشكل مقدمته الكبرى القاعدة القانونية، يوجد تقدير موضوعى، يتعلق بفهم القاضى للمعيار الوارد بهذه القاعدة، باعتباره معيارا قابلا للتطبيق على حالة محددة مطروحة عليه. كذلك يوجد فى هذا النطاق تقدير موضوعى فى فهم القاضى لمعنى هذا المعيار. وذلك امر يتعلق بتفسير القانون.

وفى المنطق الصورى توجد المقدمة الصغرى، التى تتكون من مجموع الوقائع المطلوب حسمها. هذه المقدمة تخضع للتقدير الموضوعى – بالمعنيالسابق تحديده – وذلك حينما يبحث القاضى مسألة قيام أو عدم قيام المعيار النموذجى الذى حدده القانون كأساس للتقدير الموضوعى.

فمن هذه الوقائع وبها يقوم القاضى باكتشاف توافر أو عدم توافر عناصر التقدير الموضوعى وفقا للمعيار المجرد الذى وضعه المشرع كدالة لاعمال حكم القانون فى هذه الحالة.

والنتيجة التى يتوصل اليها القاضى اعمالا لقياس المنطق الصورى هى نتيجة تقديرية، تبين حكم القانون فى مسألة واقعية معينة، هذه النتيجة هى نتاج عمل تقديرى قام به القاضى، وفقا للتقدير الموضوعى الذى اتخذه منهاجا له.

وفى المنطق الصورى هذا يجب أن نلاحظ أن المقدمة الصغرى تحتوى

على عناصر غير يقينية وغير مؤيدة بشكل جازم، كذلك اختيار القاعدة الواجب اعمال حكمها على الوقائع التى تستجيب لها يتم نتيجة عملية فهم منطقى من جانب القاضى، وبناء على التفسير الذى يعطيه هو لهذه القاعدة. كل هذا يؤدى الى مجموع من الصفات يجب أن يلحق بذات النتيجة التى توصل اليها القاضى. مما يجعلها هى أيضا غير مؤكدة بطريقة مطلقة.

١٥٢- وفيما يخص المنطق غير الصورى الذى هو نقيض ما سبق. فان النتيجة التى يتوصل اليها القاضى تعتمد على اختياره وتقييمه للمقدمات التى يبنى عليها النتيجة التى يتوصل اليها. ونفس النتائج السابق التوصل اليها فى المنطق الصورى، تصدق هنا أيضا فى المنطق غير الصورى.

الخلاصة اذا هى أن نشاط القاضى التقديرى الموضوعى يرد فى أن واحد على الواقع والقانون.

وننتقل الآن الى دراسة معيار صحة أو عدم صحة التقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى.

المطلب الثالث

معيار صحة أو عدم صحة التقدير القضائى الموضوعى

١٥٣- الوصول الى تحديد معيار صحة أو عدم صحة التقدير القضائى الموضوعى هو أمر بالغ الصعوبة فى مجال يقوم على دراسة تحليلية للأفكار البشرية. المعيار هنا لن يكون الا تقريبيا وليس محددا. وسيتضح صحة ذلك فيما يلى من تطورات.

ولعله من الحقيقى - فى رأينا - أن نقرر صحة ما قال به البعض من أن ارادة القاضى وسلطته التقديرية يرد عليها العديد من القيود سواء كان مصدر هذه القيود هو القانون الاجرائى أم كان هو لقانون الموضوعى.

الا أن هذه القيود لا تسلب هذه الارادة جوهرها الحر. وعلى ذلك فاذا

كانت النتيجة المعلنة فى العمل القضائى، وان كانت تعكس كقاعدة ارادة القانون أو حاجات العدل. الا أنها تتأثر بفردية القاضى ذاتيته.

وقد رأينا فيما تقدم كيف يؤدى سلوك اجرائى دون آخر الى تغيير وجه الحقيقة، بحيث تتوقف فى النهاية نتيجة الاجراءات الى حد ما على تقدير القاضى.

والعمل يظهر كيف يتأثر العمل القضائى وكيف يختلف شكلا ومضمونا، باختلاف شخص القاضى وكفاءته وأسلوبه فى العمل.

والحقيقة أن هذا التفاوت هو أمر غير مرغوب فيه، لأن وظيفة القاضى تتطلب أن يكشف المراكز التى يريدها القانون. ومع ذلك فهناك مسافة لا يمكن تجاوزها بين هذه الغاية والوسيلة المستخدمة للوصول اليها وهى ارادة القاضى[1].

ولعل صحة هذا الكلام يتضح فى البحث التالى عن معيار صحة التقدير الموضوعى، والذى نعالجه الآن.

١٥٤- حينما يقوم القاضى باعمال تقديره الموضوعى، فانه يبحث فى استخلاص المعيار المجرد الذى حدده المشرع فى القاعدة القانونية التى يقدر القاضى انها محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه. وهو فى عمله هذا يحاول فهم هذا المعيار على ضوء أدوات الصياغة القانونية المتاحة له فى زمان معين ومكان معين. هذا الفهم يتم على طريق اعمال وسائل التفسير التى يحددها القانون.

والقاضى فى فهمه للمعيار المجرد الذى يحدده المشرع لا شك فى أنه يقوم بعملية ذهنية تقديرية تتأثر بكفادة القاضى ودرجة ذكائه ومقدار علمه وخبرته. وهو فى بحثه عن المعايير الكامنة فى القواعد القانونية، يبحث فى

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٣٥٥، والمرجع المشار اليها فى هامش ١، ٢ من نفس الصفحة.

فرض هذه القواعد، لأن المعيار المجرد أساس التقدير الموضوعى يوجد فى هذا العنصر من عناصر القاعدة القانونية.

وعلى ذلك فوجود المعيار، المعتبر أساسا للتقدير الموضوعى، فى فرض القاعدة القانونية لا يعفى القاضى من ضرورة فهم هذا المعيار لامكانية استخلاص الحكم المبنى على توافره. وفهم هذا المعيار لن يتم الا عن طريق تقدير يقوم به القاضى لكافة الفروض التى يواجهها المشرع بهذا المعيار المجرد.

١٥٥- ومن جهة أخرى، وبعد أن يفهم القاضى مدلول المعيار الوارد بالقاعدة القانونية، فانه يحاول تجريد الوقائع المطروحة عليه من العناصر اللصيقة بأشخاص الخصوم حتى يعطيها الفهم الصحيح لعى ضوء المعيار المجرد الوارد بالقاعدة القانونية.

ففى تحديد القاضى لمعيار الرجل العادى، فانه يمكن تصور تقديره لهذا المعيار كالتالى :

الرجل العادى هو الشخص المجرد من نقائصه الخاصة اللصيقة بذاته الشخصية، وهو الرجل الذى له صفات عادية كالغالب الأعم من الأشخاص، فهو لا يفترض فيه أنه يملك حرصا وعناية مثاليتين أو أنه خامل ومهمل غاية الخمول والاهمال.

فهو رجل عادى فى ذكائه، ويقظته وتبصره وعنايته. فمعيار... بناء على ذلك اذ يتم تقديره بطريقة موضوعية فان القاضى لا يبحث فى شبه دخيلة نفس الفاعل. وانما عليه فقط أن يبحث سلوك المدعى عليه وما كان هذا السلوك هو سلوك الرجل الحريص، الرجل العاقل الذى يوجد فى نفس

ظروف الفاعل من الزمان والمكان والمهنة، دون اعتداد بالطبا الشخصية للفاعل[1].

واذا كان فى كل ذلك ما يظهر الدور الذى يلعبه القاضى فى التقدير سواء بالنسبة للقاعدة القانونية التى يستخلص منها المعيار المجرد وفقا لتقديره هو لهذا المعيار.

وسواء بالنسبة لمجموع لاوقائع التى تطرح عليه والتى يقوم باستبعاد عناصرها الذاتية، وفقا لتقديره هو لما يعتبر ذاتيا لصيقا بأشخاص الخصوم، وما لا يعتبر كذلك.

وسواء بالنسبة لاعتبار الوقائع المطروحة عليه صالحة لبناء النموذج الصالح لاعمال القاعدة القانونية عليه، وبالتالى انزال حكم القانون على المركز الواقعى المتنازع عليه.

من كل هذا يظهر مدى السلطة التقديرية، ومع ذلك فنطاق أو مدى السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى لا يجب أن يحجب عنا دور شخصية القاضى فى اعمال التقدير الموضوعى، ذلك الدور الذى سبق التنويه عنه من خلال بداية هذا المطلب.

فعلى ضوء الفهم الذى يتصوره القاضى لنموذج القاعدة القانونية، وعلى ضوء فهم الواقع، يمكن اعمال التقدير الموضوعى مرورا بنشاط القاضى الذهنى.

١٥٦- واذا عدنا للسؤال مرة ثانية عن معيار صحة أو عدم صحة

---

(١) محمد نصر رفاعى. الضرر كأساس للمسئولية فى المجتمع المعاصر. رسالة. ١٩٧٧، ص ٢٥٧ وما بعدها.

- Marty: La résponsabilité civile en droit Comparé. Association internationale pour l'enseignement du droit Comparé. 1961. III. p. 11.
- Rabut: De la notion de faute en droit privé. Thése. Paris. 1946. p. 112.

التقدير الموضوعى، فانه يتضح لنا صعوبة البحث أو الاعلان عن هذا المعيار:

والسبب فى ذلك يرجع الى أنه فى مرحلة نظر الزاع وقبل صدور الحكم الحاسم للموضوع، فان القاضى يعمل فى مجال تكوين عناصر العمل القضائى الذى يتهيأ لاصداره، ولا رقيب عليه فى هذه المرحلة الا ضميره وكفاية معلوماته القانونية، ومدى خبرته وذكائه فى استخلاص عناصر المعيار الموضوعى من فرض القاعدة القانونية، ومنقوائع النزاع الثابتة أمامه، وذلك بعد تهيئتها وتخليصها من كافة العناصر الذاتية اللصيقة بأشخاص الخصوم.

فى هذه المرحلة لا نستطيع القول بوجود معيار محدد لصحة التقدير الموضوعى، لأن الأمر هنا متعلق بكيفية فهم القاضى للقانون، وكيفية فهمه للوقائع، وكيفية اعمال القانون على هذه الوقائع.

أما بعد صدور الحكم، فاننا لا نستطيع القول أيضا بوجود معيار حاسم للقول بصحة أو عدم صحة التقدير الموضوعى وذلك فى الأحوال التى لا يكون الحكم الصادر فيها قابلا للطعن فيه بأى طريق.

لأن ما قام به القاضى فى هذا المجال يظل بعيدا عن أية رقابة عليا من محاكم الطعن، ويعتبر ما قام به القاضى من تقدير موضوعى وكأنه قد صدر منه على سبيل الاستقلال.

أما اذا كان الحكم قابلا للطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن، فهل يمكن القول أن مجرد تأييد محكمة الطعن للقضاد الصادر فى الحكم المطعون فيه هو تأكيد لصحة التقدير الموضوعى؟

لا نعتقد ذلك، والا ربطنا صحة التقدير الموضوعى بمعيار شكلى لا يصمد للنقد، وهو مجرد تأييد محكمة الطعن للحكم الذى يحتوى على هذا التقدير الموضوعى.

ومن جهة أخرى فقد تقوم محكمة الطعن ذاتها باعمال تقدير موضوعى جديد وذلك فى الأحوال التى تلغى فيها الحكم المحتوى على تقدير موضوعى أول، وهنا يظل السؤال قائما، ما هو معيار صحة أو عدم صحة التقدير الموضوعى؟.

١٥٧- قبل الاجابة على هذا السؤال. يهمنا الاشارة الى ما تذهب اليه محكمة النقض من أنه لا رقابة لها على التقدير لاموضوعى الذى يقوم به القاضى، وهذه الاشارة مهمة فى النطاق الذى يخدم فى البحث عن المعيار السابق الاشارة اليه.

قضت محكمة النقض بأن استخلاص ثبوت الضرر أ نفيه هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ما دام الدليل الذى أخذ به فى حكمه مقبولا قانونا[1].

وقضت أيضا بأنه وان كان تقدير التعويض عن الضرر هو من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع، الا أن تعيين عناصر الضرر التى يجب أن تدخل فى حساب التعويض هو من المسائل القانونية التى يخضع فيها لرقابة محكمة النقض[2].

لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له، وفى عدم الأخذ بما لم يقتنع به ويطمئن اليه وجدانه منها، وبحسبه أن يقيم قضاءه لعى أسباب تحمله، وتؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها[3].

وحكمت محكمة النقض أيضا بأنه لا وجه لما يثيره الطاعن من أن الحكم لم يدلل على قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرهما فى

(١) نقض مدنى ٣١/ ١٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض س ١ ص ١٣١١.
(٢) نقض مدنى ٤/ ٢/ ١٩٧١ مجموعة النقض س ٢٢ ص ١٧٢.
(٣) نقض مدنى ٢٥/ ٥/ ١٩٧١ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٦٧٤.

الموطن، اذ أن ذلك من الأمور الواقعية التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع[1].

ومن ذلك أيضا أن استخلاص محكمة الموضوع لعلاقة السببية بين الخطأ والضرر هو مما يدخل فى تقديرها متى كان ذلك سائغا[2].

وقضت أيضا بأن تجديد الاجارة ضمنيا برضاء الطرفين من المسائل الموضوعية التى يترك الفصل فيها لقاضى الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك، ما دام قد اقام قضاءه على دليل مستمد من وقائع الدعوى وأوراقها[3].

ومن ذلك أيضا حكم بأن تقدير الظروف التى تبرر رد الولاية الى الولى، بعد اللذن له بالتنحى، بما يجعله قادرا على تحمل أعبائها، هو مما يستقل به قاضى الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة[4].

وأن تقدير وسائل الاكراه ومبلغ جسامتها وتأثيرها على نفس المتعاقد هو من الامور الموضوعية التى تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة[5].

ومن ذلك أيضا أنه لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير الأدلة المطروحة عليها وفى استخلاص القرائن لما تحت يدها من أوراق وظروف الدعوى[6]. وأنه لقاضى الموضوع السلطة التامة فى فحص

---

(١) نقض مدنى ٩/ ١١/ ١٩٧١ مجموعة النقض س ٢٢ ص ٨٧٢.

(٢) نقض مدنى ٢١/ ١٢/ ١٩٧١ مجموعة النقض س ٢٢ ص ١٠٦٢.

(٣) نقض مدنى ٢٨/ ١٢/ ١٩٧١ مجموعة النقض س ٢٢ ص ١١١٥.

(٤) نقض مدنى ٢٣/ ١/ ١٩٧٤ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٢٩.

(٥) نقض مدنى ٢/ ٢/ ١٩٧٤ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨.

(٦) نقض مدنى ٣١/ ١٢ / ١٩٧٠ مجموعة النقض س ٢١ ص ١٤٣٠/ نقض مدنى ٢/ ١/ ١٩٦٣ مجموعة النقض س ١٤ ص ٢١/ نقض مدنى ١١/ ٦/ ١٩٦٨ مجموعة النقض س ١٠٠ ص ١١٤١.

المستندات المقدمة فى الدعوى لاستنتاج ما يمكن استنتاجه عقلا من وقائعها[1].

وحكم أيضا بأن تحصل ما يعتبر من الأمور الواقعية فى الدعوى يستقل به قاضى الموضوع ولا تجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض[2].

وحكم بأن قاضى الموضوع ليس ملزما بابداء أسباب ترجيحية دليلا على آخر، ويكفيه أن يبين الأسباب التى اعتمد عليها[3].

١٥٨- من كل الأحكام السابقة يتضح لنا صعوبة وضع معيار عام لمعرفة صحة أو عدم صحة التقدير الموضوعى الذى يقوم به قاضى الموضوع بمناسبة اصداره العمل القضائى.

لهذا كان منطقيا عدم خضوع هذا التقدير بصورة مباشرة لرقابة محكمة النقض. بمعنى أن هذه المحكمة لاتراقب النشاط الذهنى الذى يقوم به القاضى فى فهم المعيار المجرد الوارد بفرض القاعدة القانونية، وانما هى تراقب تفسير القاضى لهذا المعيار لترى مدى التزام القاضى بقواعد التفسير المعروفة. وهى لا تراقب النشاط الذى قام به القاضى فى فهم وقائع النزاع واستخلاص المعيار الموضوعى المطابق للمعيار المجرد الوارد بالقاعدة القانونية. وانما هى تراقب التكييف القانونى كما سوف نرى من بعد. وهى تراقب مدى التزام القاضى باستخلاص معياره الموضوعى من عيون الأوراق وباقى عناصر الدعوى. وهى تراقب مدى التزام القاضى باحترام عناصر الطلب القضائى من وقائع وأسبا. وهى تراقب مدى استمداد المعيار الذى توصل اليه القاضى من ذات عناصر الدعوى.

---

(١) نقض ١٩/ ١١/ ١٩٦٧ مجموعة النقض س ١٨ ص ٧٦٠.
(٢) نقض مدنى ٧/ ١١/ ١٩٦٧ مجموعة النقض س ١٨ ص ١٦٢١.
(٣) نقض مدنى ٣١/ ٥/ ١٩٦٧ مجموعة النقض س ١٨ ص ١١٨٤.
- نقض مدنى ٢٣/ ٣/ ١٩٦٦ مجموعة النقض س ١٧ ص ٩٦٦.

اذا كان ذلك صحيحا، فما هو اذن معيار صحة أو عدم صحة التقدير الموضوعى لاذى يقوم به القاضى، مع التسليم بأن هذا التقدير الموضوعى باعتباره نشاطا ذهنيا يفلت من رقابة محكمة النقض بطريق مباشر؟

١٥٩- من كل ما سبق يتضح لنا أن معيار صحة التقدير الموضوعى يقوم فى الأحوال التى يتلاءم فيها هذا التقدير مع المصلحة التى وجد التقدير الموضوعى لخدمتها.

فمما لا شك فيه أن التقدير الموضوعى يهدف الى البحث عن الاستقرار القانونى فى الحياة الاجتماعية.

وللتوصل الى هذا الاستقرار قد يقوم المشرع بتنظيم بعض الروابط القانونية بطريقة مجردة وموضوعية. ويستلهم فى سبيل ذلك معيارا عاما ومجردا كمعيار الرجل العادى السابق ذكره. ويضمن هذا المعيار فى فرض القاعدة القانونية. واذا ما طرح النزاع على القاضى، وقع عليه عبء مزدوج، فهو من ناحية يقدر المعيار الوارد بالقاعدة القانونية، ومن ناحية أخرى يقدر مدى قيام هذا المعيار فى الوقائع المطروحة عليه، ويحكمه فى هذين المسارين المصلحة الاجتماعية محل الحماية القانونية.

ويستبدل على صحة المعيار الموضوعى. وحة التقدير الذى قام به القاضى لهذا المعيار من مطابقة النتيجة التى توصل اليها القاضى مع المصلحة محل الحماية.

وهذا ما يعبر عنه بعدالة الحكم الصادر. أو بخلوه من الخطأ فى التقدير. ويقصد بالخطأ فى التقدير أن القاضى فى اصداره الحكم لا يجب عليه فقط مراعاة مقتضيات صحته كعمل قانونى، بل انه بهذا الحكم يطبق ارادة القانون فى نزاع معين. فاذا أخطأ فى هذا فإن هذا الخطأ يطلق عليه فى الاصطلاح القانونى خطأ فى التقدير.

ومن المقرر كما يرى البعض[1]، أنه يوجد فى جميع الحالات التى يخطئ فيها القاضى فى تطبيق القانون، سواء تعلق الامر بخطأ فى الواقع أوبخطأ فى القانون.

ولا شك أنه من الممكن الطعن على الحكم القضائى على أساس أنه قد أخطأ فى التقدير وبالتالى فهو حكم غير عادل.

وهذا الخطأ فى التقدير اذ يخضع لرقابة محكمة النقض، فان محل هذه الرقابة ليس هو نشاط القاضى الذهنى ذاته، وانما محل هذه الرقابة هو مادة هذا النشاط، واقعا كان أم قانونا، كما سوف يرد التفصيل من بعد.

وننتقل الآن الى دراسة علاقة التقدير الموضوعى بالقاعدة القانونية.

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٧١٣.

المبحث الثالث

علاقة التقدير الموضوعى بالقاعدة القانونية وبالتكييف القانونى

١٦٠- دراسة علاقة التقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى بالقاعدة القانونية وبالتكييف القانونى تقتضى تقسيم هذا المبحث الى المطالب الآتية :

المطلب الأول: علاقة التقدير الموضوعى بعنصر الفرض فى القاعدة القانونية.

المطلب الثانى: علاقة التقدير الموضوعى بعنصر الحكم أو الأثر القانونى فى القاعدة القانونية.

المطلب الثالث: العلاقة بين التقدير الموضوعى والتكييف القانونى بوجه عام.

هذا المبحث ينصب اذا على دراسة العلاقات القائمة بين الأدوات الفنية وبين النشاطات الذهنية.

المطلب الأول

علاقة التقدير الموضوعى بعنصر الفرض فى القاعدة القانونية

١٦١- سبق القول أن القاعدة القانونية بالمعنى الضيق تحتوى فى هيكلها على عنصرين، ويرتبط هذين العنصرين ببعضهما أوثق الارتباط، لأن كليهما تم صنعه لخدمة الآخر.

هذان العنصران هما فرض القاعدة القانونية، وحكمها أو أثرها القانونى. وقد سبقت الاشارة الى ذلك بما فيه الكفاية فيما مضى.

والآن يهمنا دراسة علاقة التقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى، عند ممارسته لسلطته التقديرية، بفرض القاعدة القانونية.

ونبدأ أولا بالتركيز على أن هذه العلاقة لا تظهر أهميتها الا فى الحالة التى يواجه فيها لاقاضى نزاعا يراد حسمه، بواسطة قاعدة قانونية معينة يراها القاضى محتملة التطبيق، لأول وهلة، على النزاع المطروح عليه.

ويجب علاقة السلطة التقديرية للقاضى بمفترض القاعدة القانونية لن يتم بناء على ما تقدم الا اذا كنا بصدد نزاع يراد تطبيق القانون عليه.

وعلى ذلك فالمواجهة بين السلطة التقديرية للقاضى، ومفترض القاعدة القانونية لن تتم الا باعمال المقارنة، المقارنة بين عناصر المركز الواقعى المراد حسمه، ومفترض القاعدة القانونية التى يراها القاضى محتملة التطبيق.

وفيما يتعلق بقيام القاضى باعمال التقدير الموضوعى، فانه يأخذ فى حسابه حتما مفترض القاعدة القانونية التى يراها محتملة التطبيق. داخل هذا العنصر يتحتم على القاضى أن يفهم ويتصور المعيار الموضوعى المجرد الذى نظمه المشرع. هذا المعيار المجرد يأتى به المشرع فى الغالب الأعم من

الأحوال خاليا من أى تحديد أو تعريف. وعلى القاضى أن يقوم بتصور هيكلى لهذا المعيار. فالقانون حينما يحدد واجب حسن النية، أو واجب بذل العناية الكافية. أو يحدد السبب الاجنبى، أو يحدد فكرة الاستعجال. أو يحد فكرة المصلحة، أو يحدد فكرة القوة القاهرة، أو الاستحالة، فانه يضع مجرد معانى مفرغة فى مصطلحات قانونية.

وعلى القاضى أن يقوم فهم هذه المعايير المجردة وفقا لأدوات الفن القانونى المتاحة لديه.

١٦٢- وعلى القاضى فى تقديره الموضوعى المجرد لعناصر المعيار الكامن فى فرض القاعدة القانونية أ يلتزم بحدود هذا الفرض دون أن يتجاوزه الى الفروض الأخرى القائمة فى القواعد القانونية الاخرى.

كذلك يجب أن يلتزم بالروح السائدة فى النظام القانونى الذى توجد به القاعدة القانونية محل التقدير.

ويقصد بالنظام القانونى فى هذا الصدد مجموعة القواعد القانونية التى تحكم قطاعا معينا من العلاقات القانونية داخل القانون الوضعى للدولة.

فمثلا نظام العقود، ونظام الزواج، ونظام الملكية الفردية، ونظام المسئولية المدنية، ونظام الأحكام القضائية، ونظام الدعوى القضائية، ونظام السند التنفيذى، ونظام التنفيذ الجبرى. كل هذه نظم قانونية، تنظمها قواعد قانونية، وتهيمن على هذه القواعد الروح العامة للنظام محل الاعتبار(١).

كذلك يتعين على القاضى احترام أدوات التفسير المعترف بها حينما

(١) حمدى عبدالرحمن، فكرة القانون - ١٩٧٩، ص ١١.
- عبدالمنعم البدراوى، مبادئ القانون - ١٩٧٢، ص ١٢.
- محمود جمال الدين زكى. دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - ١٩٦٤، ص ٣٥.
- محمد لبيب شنب، مذكرات فى المدخل لدراسة القانون - ١٩٧٦، ص ٢٠.
- أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون - ص ١٧.
- عبدالودود يحيى، المدخل لدراسة القانون - ١٩٧٦، ص ٥.

يتصدى لتقدير المعيار الموضوعى المجرد الذى يرد بالقاعدة القانونية التى يراها محتملة التطبيق على النزاع المعروض عليه.

١٦٣- وبناء على كل ما تقدم فحينما ينص القانون فى فرض القاعدة القانونية على الالتزامات الواقعة على عاتق المدين فى عقود الايجار مثلا، بأنه يجب على المستأجر أن يسعمل الشىء المؤجر الاستعمال المعتاد الذى يتناسب مع طبيعة الشىء محل الاعتبار، وحينما ينص على واجب المستعير فى استعمال الشىء محل العارية على الوجه المعتاد، وحينما ينص على ضرورة تنفيذ الالتزامات بحسن نية ووفقا لطبيعة الالتزام، فان القانون يضع فى كل هذه الحالات، وفى غيرها معيارا عاما هو معيا رب الأسرة الحريص، وهو معيار عام وجرد كما سبق القول، ويتعين على القاضى أن يستخلص هذا المعيار من مفترض القاعدة القانونية.

وعلى ذلك فتقدير القاضى لعنصر الفرض فى لأقاعدة القانونية، بهدف تصوير هذا الفرض عملا، هو الذى يؤدى الى اعمال المعيار المجرد الوارد فى ذات هذا الفرض على وقائع النزاع، وذلك فى الأحوال التى تستجيب فيها هذه الوقائع لهذا الفرض[١].

وعلى ذلك فالقاضى فى سبيل استخلاصه للمعيار الموضوعى الوارد فى القاعدة القانونية فى عنصر المفترض فيها، فانه يقوم بتقدير موضوعى لا يأخذ فى الاعتبار العناصر اللصيقة بشخص الرجل العادى أساس وجوهر هذا المعيار[٢]، اللهم الا اذا نص القانون على غير ذلك[٣].

ولعى ذلك فالالتزامات الناشئة عن العقد يجب أن يتم تقديرها، على

---

(١) - Douai : 19/ 9/ 1931. Gaz - pal. 1931 - 2 - 775.

(٢) - Bordeaux: 12/ 5/ 1931. Gaz. pal. 1931 - 2 - 223.
- Mazaud et Tune: La responsabilité civile. T. I. p. 500.

(٣) - Cass. civ.: 11/ 1/ 1922. D. p. 1922 - 1 - 16.
- Lyon: 26/ 5/ 1954. Gaz. pal. 1954 - 2 - 227.

ضوء مفترض القاعدة القانونية، بغض النظر عما قد يعترى المدين من نقص فى الهمة أو الاحتراز أو كفاءة التنفيذ أو الذكاء أو الخبرة أو المهارة، لأن كل هذه الصفات ما هى الا عناصر ذاتية لصيقة بشخص المدين، لا يأخذها فى الاعتبار المعيار المجرد[1].

١٦٤- وبناء على ما تقدم فالقاضى هو الذى يقوم بتجسيد المعايير المجردة التى ترد بمفترض القواعد القانونية، وهو فى عمله هذا انما يقوم بتكملة عمل المشرع الذى سبقه وخلق المعيار الموضوعى المجرد.

ولا شك أن فهم القاضى للمعيار الوارد بالقاعدة القانونية هو رهن بتوافر العديد من العوامل السابق الاشارة اليها.

ومع ذلك فمهمة التقدير الموضوعى للمعيار المجرد الذى قد يكتفى المشرع بالارشاد اليه تبدو أكثر وضوحا فى الأحوال التى لا يوجد فيها نص مكتوب أو قاعدة عرفية.

ففى مثل هذه الحالات يتعين على القاضى أن يرجع الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة (مادة ١ مدنى مصرى)، أى أنه يجب على القاضى أن يقوم فى مثل هذه الحالات بدور المشرع مع اختلاف فى طبيعة الحلول التى يصل اليها لاقاضى، عن تلك الصادرة من المشرع[2].

وحينما يرجع القاضى الى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى، فانه لا يخلق فقط المعيار المجرد فى فرض القاعدة التى يتوصل اليها، بل أكثر من هذا فانه يخلق حكم هذه القاعدة أو أثرها القانونى.

---

(١) - Cass. civ. 23/ 6/ 1936. D. H. 1936. 444.

(٢) سمير تناغو – النظرية العامة للقانون، ص ٢٦١.
- عبدالفتاح عبدالباقى، نظرية القانون، ص ١٦٩.
- عبدالرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت، أصول القانون – ١٩٥٠، ص ٧٠.
- توفيق فرج، المدخل الى القانون، ص ٢٧٢.
- عبدالمنعم البدراوى، مبادئ القانون، ص ٢٢٨.
- عبدالحميد متولى، نظام الحكم فى الاسلام – ١٩٦٨، ص ٤٠٠.

وقد فعل القضاء المصرى ذلك فى مجال التعسف فى استعمال الحق، وحماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية، وفى مجال نظرية تحمل التبعة، ونظرية الظروف الطارئة.

وفى الحقيقة فان القاضى حينما يرجع الى قواعد القانون الطبيعى فانه لا يرجع الى فراغ ليستمد منه هباء، وانما هو يرجع لاشعوريا الى المبادئ العامة فى القانون الوطنى، أو المقارن، وقد يرجع الى أحكام الشريعة الاسلامية.

وقد يرجع الى بعض القواعد المقررة فى تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية، وقد يستحدث أحكاما قتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند فى سوابق التشريع أو العرف.

١٦٥- الخلاصة اذن فى هذا النطاق هى أن القاضى يعمل تقديره الموضوعى بصدد استخلاص المعيار المجرد الوارد فى فرض القاعدة القانونية.

هذه العملية لا يمكن أن تتم الا فى ضوء وجود مجموع واقعى مطروح على القاضى بهدف حسم النزاع الناشىء بصدده. وفى ضوء قيام القاضى باختيار قاعدة قانونية، يراها هو، بحسب سلطته فى التقدير أنها محتملة التطبيق لعى هذا النزاع.

ثم بعد ذلك يعمل القاضى نشاطه فى فهم المعيار المجرد والوارد فى هذه القاعدة القانونية، لكى يقوم باعماله بعد ذلك على مجموع الوقائع التى تستجيب موضوعيا لهذا المعيار.

فدور السلطة التقديرية للقاضى فى هذا النطاق لا يمكن انكاره أو التقليل من شأنه، خاصة اذا أخذنا فى الاعتبار أن المشرع لا يضع تعريفات أوتحديدات عامة أو خاصة للمعايير التى يعتنقها(١).

(١) - A. Maurin: Le rôle créateur du juge. Paris. 1938. p. 13 et S.
- Sauzay: Essai sur les procédés d'élaboration en Droit, employés par la jurisprudence Française en droit civil. 1904. Paris. p. 50.

وننتقل الآن الى دراسة العلاقة بين تقدير القاضى وحكم القاعدة القانونية.

المطلب الثانى

علاقة التقديرة الموضوعى بعنصر الحكم

أو أثر القاعدة القانونية

١٦٦- حكم القاعدة القانونية هو الأثر القانونى المترتب على قيام وقائع مطروحة على القاضى تتطابق تمام المطابقة مع الفرض الوارد بذات هذه القاعدة القانونية.

فهناك ما يمكن تسميته برابطة سببية تقوم بين مفترض القاعدة القانونية وحكمها، أو علاقة ارتباط لا يقبل الانفصام بين مفترض القاعدة القانونية وحكمها أو أثرها القانونى. وحكم قاعدة معينة لا يقبل الانتقال للعمل داخل قاعدة أخرى. لأن المشرع يضع الأحكام بالنظر الى الفروض التى أقامها فى القواعد القانونية.

ولن نعود هنا لتفصيل الكلام عن حكم القاعدة القانونية، أو أثرها لاقانونى، فقد سبق معالجة هذه المسألة من قبل، ولكن السؤال لآن يدور حول علاقة التقدير القضائى بعنصر الأثر القانونى للقاعدة القانونية، ما هى هذه العلاقة بالضبط؟.

للاجابة عن هذا السؤال نطرح التطوير التالى لهذا البحث:

فى الأحوال التى توجد فيها نصوص مكتوبة، فان هذه النصوص سواء تعلقت بالقانون الاجرائى أم بالقانون الموضوعى قد تمنح القاضى سلطة تقديرية معينة فيما يتعلق باعمال الأثر القانونى الموجود فى هذه النصوص.

١٦٧- ومنثال ذلك فى نطاق القانون الاجرائى الأحوال التى ينص فيها قانون المرافعات لعى أنه يجوز فى حالة الضرورة نقص ميعاد الحضور.

والأحوال التى ينص فيها فى أنه يجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى مدة لا تتجاوز ستة أشهر، اذا تخلف عن ايداع مستنداته فى الميعاد، أو عن تنفيذ أى اجراء آخر كلفته به. واذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمر به القاضى جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

وكذا ما ينص عليه قانون المرافعات من أنه فى غير الاحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوبا أو جوازا، يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم.

وكذلك يجوز للمحكمة عقب انتهاء المرافعة أن تنطق بالحكم فى الجلسة، ويجوز لها تأجيل اصداره الى جلسة أخرى قريبة تحددها. فى كل هذه الأمثلة نجد النص الاجرائى يخول للقاضى سلطة تقديرية معينة ازاء حكم القاعدة القانونية أو أثرها القانونى.

وعلى ذلك نستطيع القول بأنه فى كل النصوص التى تجيز للقاضى اعمال أثر معين أو عدم اعماله، كذلك فى كل النصوص التى تخير القاضى بين اعمال أكثر من أثر قانونى وارد فى ذات القاعدة، كل هذه النصوص تتضمن بالضرورة اعطاء لاقاضى سلطة تقديرية معينة تجاه الأثر القانونى للقاعدة محل الاعتبار. ماهية هذه السلطة التقديرية ونطاقها، سنتناوله من بعد بالتفصيل اللازم.

١٦٨ – ومن جهة أخرى قد ينص قانون المرافعات على اعطاء سلطة تقديرية للقاضى ازاء قبول الطلب القضائى، وذلك حينما نعتبر أن الحكم بقبول الطلب القضائى هو الأثر القانونى لتوافر شروط القبول باعتبارها مفترضا للقاعدة المتعلقة بقبول الطلبات أو الدفوع. فالطلب لا يقبل اذا انعدمت المصلحة، ومع ذلك فهو يكون مقبولا اذا توافرت المصلحة الاحتمالية.

ونص القانون أيضا على أنه عرض على محكمة المواد الجزئية طلب عارض لا يدخل فى اختصاصها، جاز لها أن تحكم فى الطلب الأصلى وحده أذا لم يترتب على ذلك ضررا بسير العدالة، والا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها باحالة الدعوى الأصلية والطلب العارض أو المرتبط بحالتهما الى المحكمة الابتدائية المختصة، ويكون حكم الاحالة غير قابل للطعن.

وكذلك ما ينص عليه قانون المرافعات من أنه للمدعى أو للمدعى عليه تقديم الطلبات العارضة التى تأذن المحكمة بتقديمها. مما يكون مرتبطا بالطلب الأصلى.

وفيما يتعلق باجراءات الاثبات وتقدير الأدلة يكون للقاضى سلطة تقديرية مؤكدة فى الأمر أو عدم الأمر باتخاذ اجراءات الاثبات وذلك فى الأحوال التى تتوافر فيها فروض هذه الاجراءات.

١٦٩- فى جميع هذه الأحوال نجد للقاضى سلطة تقديرية مؤكدة فى مجال قانون المرافعات، أما فى نطاق القانون الموضوعى فهذه السلطة ثابتة للقاضى، واذا كنا قد عرضنا فيما مضى مظاهر هذه السلطة فى نطاق القانون المدنى بالمعنى الضيق، وفى نطاق القانون الجنائى، فقد كنا فى مجال الكشف فقط عن قيام هذه السلطة. أما الآن فنحن نواجه سلطة القاضى التقديرية ازاء حكم القاعدة القانونية.

وعلى ذلك ففى الأحوال التى توجد بها نصوص مكتوبة تعالج فكرة السلطة التقديرية، فاننا نلاحظ أن هذه القواعد قد ترتب أثرا قانونيا معينا على واقعة معينة، ثم تجعل اعمال هذا الأثر جوازيا للقاضى.

ومعنى ذلك أنه فى جميع الأحوال التى يتمتع فيها القاضى بسلطة جوازية فى اعمال أو عدم اعمال الأثر القانونى للقاعدة القانونية، فهنا تثبت له بشكل قاطع سلطة على حكم القاعدة القانونية. ومظهر هذه السلطة يبدو فى تقدير القاضى لملاءمة اعمال أو عدم اعمال هذا الأثر القانونى(١).

(١) - Maurin: Le rôle créateur du juge p. 20 et S.

ومثال ذلك فى نظرية الظروف الطارئة التى تجيز للقاضى تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول.

وأحيانا تمنح القاعدة القانونية للقاضى سلطة تقديرية فى الاختيار بين أكثر من أثر قانونى وارد بذات القاعدة القانونية.

ففى نظرية الاستغلال يجوز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.

وبالنسبة للشروط التعسفية فى عقد الاذعانيجوز للقاضى أن يعدلها أو أن يعفى الطرف المرهق أو المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة.

وفى هذا المثال نلاحظ أن تقدير القاضى للأثر القانونى، الذى ينوى انزاله على حكم الواقع، يعطيه المشرع حرية الاختيار بصدده بين أكثر من أثر قانونى.

ومن جهة أخرى فالمشرع يمنح القاضى معيارا مجردا يساعده فى اختيار هذا الأثر، وفى المثال السابق تجسد هذا المعيار فى اعتبارات العدالة.

ومعنى ذلك أن فكرة العدالة فى هذا الصدد تستعمل كمعيار موضوعى يرد على سلطة القاضى فى تقدير الأثر القانونى الذى ينوى انزاله على المركز الواقعى محل الاعتبار.

ومعنى ذلك مرة ثانية أن القاضى فى اختياره للأثر القانونى فى مثل هذه الحالة يختار وفقا لما تقتضيه حاجة العدل الأولية. وعلى ذلك فتقدير ملاءمة الأثر القانونى الذى سوف يحكم به القاضى يتم وفقا لنظرة القاضى التقديرية للشعور بالعدل فى ضمير الجماعة.

ومن جهة أخرى يجوز للقاضى عند طلب فسخ العقد أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك، أو يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام الأصلى.

١٧٠- ومن جهة أخرى قد يترك للقاضى سلطة تقديرية فى تحديد مركز قانونى معين كما أو كيفا. باعتبار أن هذا المركز القانونى يمثل حكم القاعدة، أو أثرها القانونى، وقد يتم هذا التحديد وفقا للعدالة.

فالمادة ١٤٨ من القانون المدنى تنص على أنه لا يقتصر لاعقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

واذا قام خلاف على المسائل التفصيلية التى لم يتم الاتفاق عليها فى العقد، تقضى المحكمة فيها طبقا لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

فى جميع هذه الحالات يتمتع القاضى بسلطة تقديرية فى اختيار الأثر لاقانونى الوارد بذات القاعدة القانونية. فهو يختار، وبما أنه يفعل ذلك فان السلطة التقديرية تثبت له، ولكن سلطته هذه تقتصر لعى مجرد اختيار الأثر القانونى، ولكنه لا يساهم فى صنعه. فالذى يصنع الأثر القانونى هو المشرع. وبعد ذلك يعطى للقاضى سلطة تقديرية فى الاختيار بين العديد من الآثار القانونية التى قد يضعها فى ذات القاعدة.

بل انه فى الحالات التى لا يوجد فيها الا أثرا قانونيا وحيدا. فان سلطة القاضى فى تقدير اعمال أو عدم اعمال الأثر تنت له بتفويض من الشارع، وذلك فى الأحوال التى يمنح فيها القاضى سلطة فى اعمال أو عدم اعمال هذا الأثر القانونى[١].

والخلاصة أنه فى مجال النصوص المكتوبة، أو قواعد القانون الوضعى المعترف بها كالعرف، فان القاضى لا يملك تشكيل الأثر القانونى بمبادرة منه، وانما هذا الأثر قد تم تحديده من قبل بواسطة المشرع نفسه.

---

(١) - J. Ghestin: La notion d'erreur. 1963, p. 50.

وبالتالى فسلطة القاضى التقديرية فى مجال حكم القاعدة القانونية، هى سلطة تقديرية تتمثل فى الاختيار بين العديد من الآثار، أو تتمثل فى اعمال أو عدم اعمال آثار معينة للقواعد القانونية.

وحتى فى هذا النطاق فان المشرع قد يضع العديد من القيود التى ترد على حرية القاضى فى الاختيار. فالنظام العام وحسن الآداب قد يعتبر قيدا يرد على حرية اختيار الأثر القانونى وفكرة العدالة، تعتبر معيارا عاما مجردا يرد على حرية القاضى. وطبيعة المعاملة، وما تقتضيه الظروف، كل هذا يعتبر معاييراً عامة مجردة ترد على سلطة القاضى فى تقدير اعمال الآثار القانونية للقواعد القانونية.

١٧١- فى كل ما سبق فاننا كنا نعالج سلطة القاضى التقديرية ازاء حكم القاعدة القانونية. وكنا نواجه بالتحديد الاحوال التى يواجه فيها القاضى نصا مكتوبا، أو قاعدة عرفية، لأن هذه الأخيرة باعتبارها قاعدة قانونية لها فرضها، ولها أثرها القانونى، وما يسرى على القاعدة المكتوبة يسرى أيضا على القاعدة العرفية بالنسبة لسلطة القاضى التقديرية.

أما فى الأحوال التى لا يوجد فيها نصا مكتوبا أو قاعدة عرفية، فان المشرع يحيل القاضى صراحة الى قواعد العدالة والقانون الطبيعى. وقد سبق لنا معالجة سلطة القاضى التقديرية ازاء الفروض التى يتوصل اليها القاضى عند رجوعه لمبادئ العدالة، وقواعد القانون الطبيعى. ونعالج الآن سلطة القاضى التقديرية ازاء حكم العدالة أو القانون الطبيعى فى الحل موضوع النظر.

لا شك أن رجوع القاضى الى القانون الطبيعى أو قواعد العدالة بغية استلهام الحل للمسألة المطروحة عليه، يهدف الى كشف المراكز الموضوعية لا كما يتطلبها القانون الوضعى، وانما كما تقتضيها حاجات العدل الأولية[1].

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٣٤٨.

ومعنى ذلك أن القاضى يقيم الادعاءات وفقا لتقديره هو للشعور بالعدل فى ضمير الجماعة. بمعنى أن ادعاءات الخصوم تقدر لعى مستويين فى مثل هذه الحالة:

المستوى الأول: وفقا لشعور العدل فى ضمير الجماعة من جهة.

المستوى الثانى: وفقا لتقدير القاضى لضمير الجماعة فى هذا الصدد.

وبناء على ذلك فالقاضى ينشىء الأثر القانونى فى مثل هذه الأحوال، وهو فى انشائه لهذا الأثر يجب أن يتقيد بملاءمة هذا الأثر للغاية النهائية للمركز الموضوعى كما تقتضيها حاجات العدل الأولية.

فالحل الموضوعى لاذى يصل اليه القاضى، أى الأثر القانونى الذى يصل اليه بصدد النزاع الذى يحسمه وفقا لمتطلبات العدالة أو القانون الطبيعى، يجب أن يأخذ فى الاعتبار ملاءمة مضمون نشاط القاضى مع أهداف وظيفته.

واذا كانت القاعدة هى أن المشرع هو الذى يحدد القواعد الموضوعية الملائمة لتحقيق هذه الغاية، ويكون حكم القاضى عادلا بقدر موافقته لقواعد التشريع.

الا أن المشرع قد يجد فى بعض الحالات أن الظروف الخاصة للواقعة الأساسية هى من الاختلاف والتباين فيما بينها لدرجة لا تسمح له باشباع حاجة العدل عن طريق قواعد عامة مجردة. ولذا يترك للقاضى تقدير هذه الظروف حالة فحالة واختيار الاثر القانونى، أو الحل الموضوعى الأكثر ملائمة للعدل ولملابسات كل حالة على حدة.

بمعنى أن القاضى فى هذه الحالات لا يتقيد بتقدير المشرع لوسيلة اشباع حاجة العدل، والفرض أن تقدير المشرع يحيل الى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى، وانما يختار هو مباشرة الوسيلة التى يراها ملائمة لاشباع هذه الغاية.

وأخيرا يلاحظ أن تقدير القاضى فى مثل هذه الأحوال لا تنتفى عنه صفة السلطة التقديرية لمجرد أنه لا يستمد الحل من نفسه، وانما لأنه ملتزم بمعيار موضوعى.

فالسلطة التقديرية تفترض وجود معيار موضوعى هو الغاية الموضوعية للنشاط[1].

وننتقل الآن الى دراسة العلاقة بين السلطة التقديرية والتكييف القانونى.

المطلب الثالث

العلاقة بين سلطة التقدير والتكييف القانوني

١٧٢- سلطة القاضى التقديرية بالمعنى السابق تحديده، تحتاج الى تمييزها عن سلطة القاضى فى اعمال التكييف القانونى للنزاع[2].

ويقصد بالتكييف لاقانونى بوجه عام اعطاء النزاع المطروح على القاضى وصفا قانونيا يسمح باعمال قاعدة قانونية معينة عليه[3]، ويتم ذلك عن طريق مقارنة الوقائع بمفترض القاعدة القانونية التى يراها القاضى محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه. فاذا ما تأكد القاضى من وجود وقيام التطابق التام بين الوقائع المادية، وفرض القاعدة القانونية، فان الأثر القانونى لهذه القاعدة ينطلق بقوة القانون لكى يشبع المصالح المختلفة التى تواجهها هذه القاعدة القانونية.

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٣٥٠.

- Vincent: Précis. p. 506.
- Normand: Thése. précitée. p. 329.

(٢) نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض حيث تمت معالجة التكييف القانونى، ص ١٣٠ وما بعدها.

(٣) نبيل عمر، سبب الطلب القضائى. وفيه عرض واقى لدور التكييف فى قانون المرافعات، ص ١٥٠ وما بعدها.

اذا كان هذا هو باختصار شديد تعريف التكييف القانونى يلعب أدوارا متعددة فى قانون المرافعات، فهو يلعب دورا فى تحديد الاختصاص القضائى، وفى انعقاد الخصومة، وفى نطاق الدفوع، وحجية الأمر المقضى وغير ذلك من مسائل قانون المرافعات[1]، فالمهم الآن هو دراسة علاقته بسلطة القاضى التقديرية.

وقبل أن ندرس هذه العلاقة يجب أن نشير الى قيام ارتباط عضوى بين التكييف والتقدير من ناحية أن القائم بهما فى مجال العمل القضائى هو شخص واحد، هو القاضى المطروح عليه النزاع.

ومن جهة أخرى فان مادة السلطة التقديرية هى نشاط القاضى. ووقائع النزاع، والقاعدة القانونية أو أدوات الصياغة القانونية بأشكالها المختلفة. وذلك كما سبق البيان فيما مضى، ونفس هذه الأدوات هى أدوات التكييف القانونى ..

والواقع أن التكييف والتقدير هما عمليتان مكملتان بعضهما لبعض. فالقاضى بحق لا يستطيع أن يباشر التكييف القانونى قبل أن يتم عملية التقدير لعناصر النزاع المطروح عليه.

واذا ما انتهى التقدير يبدأ التكييف القانونى للنزاع[2]، والتكييف القانونى للنزاع هو النشاط الذى يقوم به القاضى بهدف تطبيق القانون. فالنتيجة الحتمية والمباشرة للتكييف القانونى هى حسم النزاع باعمال القانون عليه.

---

(١) محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى، ١٩٨٢.

- F. Terré: L'influence de la volonté individuelle sur la qualification juridique. Thése. 1956. Paris.

(٢) محمد محمود ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٣٦ وما بعدها.
- أحمد أبو الوفا. نظرية الأحكام، ص ٢٠٦.
- فتحى والى، الوسيط، ص ٥٦٤.
- حامد ومحمد حامد فهيم، النقض فى المواد المدنية، ص ٣٤٣.
- عبدالمنعم حسنى، الطعن بالنقض، ص ٥٨٢.

١٧٣- والتكييف القانونى يلى اتمام القاضى لعملية التقدير وتهيئة النزاع للحسم بواسطة القانون. فوظيفة سلطة القاضى التقديرية فى نزاع معين تهدف الى تهيئة النزاع لتلقى تكييفها قانونيا معينا يؤدى الى اعمال قاعدة قانونية معينة.

بمعنى أن سلطة القاضى التقديرية حينما تمارس فانها ترمى الى التمهيد لاعمال التكييف القانونى.

فالتكييف القانونى للنزاع لا يمكن أن ينزله القاضى بطريقة فجائية على نزاع مطروح عليه، بل لابد من اجراء عملية التقدير لتهيئة النزاع لاستقبال التكييف القانونى.

هذه التهيئة أو التحضير تتم عن طريق قيام القاضى باعمال سلطته التقديرية فى مجال الواقع أولا. وهو اذ يعمل هذه السلطة التقديرية فى هذا المجال، فانه يجع فى اعتباره دائما قاعدة قانونية محتملة التطبيق على النزاع. فاذا كان القاضى يعمل سلطة التقدير الموضوعى السابق الاشارة اليها، فانه يحاول التوصل الى المعيار العام المجرد القائم فى القاعدة القانونية التى يراها محتملة التطبيق، وهو هنا يستعمل سلطته فى التقدير ولا يستعمل سلطته فى التكييف، لأن هذه المرحلة هى مرحلة تهيئة النزاع لاعمال القانون عليه، وذلك عن طريق التكييف القانونى.

والى جانب هذا النشاط الذهنى، يقوم القاضى بنشاط ذهنى معاصر للنشاط الاول فى مجال الواقع، وهو اذا كان يعمل سلطته فى التقدير الموضوعى، فانه يجرد الوقائع من كافة العناصر اللصيقة بشخص الخصم ولا يحتفظ الا بالعناصر اللصيقة بذات المركز المتنازع عليه كقاعدة عامة، كل هذا بغية التوصل الى القول بقيام المعيار العام المجرد، القائم فى القاعدة القانونية، فى مجموع الوقائع المطروحة عليه أيضا.

فاذا ما تم ذلك على وجه يقدر القاضى أنه صحيح، فان النزاع يكون قد تهيأ لتلقى تكييفا قانونيا، يؤدى الى اعمال القانون وحسم النزاع.

١٧٤- من كل ذلك يتضح لنا أن عملية التكييف تلى عملية التقدير. وأن التقدير لابد وأن يسبق عملية التكييف. فهذا الأخير لا يمكن أن ينزل مباشرة على واقع بكر، أو قانون بكر لم يتم بعد تحديد معياره أو نطاق اعماله.

ومع ذلك فهناك رأى حديث يرى أن لكل من التكييف والتقدير نطاق لا يتعداه ولا يتجاوزه، فليس هناك - حسب هذا الرأى - تقدير فى ذات عملية التكييف، كما أن التقدير منعدم فى تفسير وتطبيق القانون على واقع الدعوى[1].

ورغم وجاهة هذا الرأى الا أنه لا يمكن التسليم به، فسلطة القاضى التقديرية هى فى نهاية الأمر، وكما سبق اثبات ذلك، نشاط ذهنى يرمى الى ضبط وتحديد عناصر النزاع فى الواقع وفى القانون.

والتكييف القانونى، هو فى نهاية الأمر نشاط ذهنى يرمى الى تطبيق القانون على واقع النزاع.

كلاهما نشاط ذهنى، كلاهما يرد على عناصر واحدة، كلاهما يقوم به ذات العضو بذات الصفة بمناسبة اصدار العمل القضائى، ومع ذلك فالفارق ينصب فقط على أن عملية التقدير اذ توجد فى كل عمل قضائى، فانها ترمى الى تهيئة النزاع للفصل فيه وفقا للقانون، فهى تسبق التكييف وهذا الأخير يتلوها زمنيا.

ومن جهة أخرى فقد أثبتنا من قبل ان التقدير القضائى يجد مجاله فى نطاق الوقائع الحية والخام التى يطرحها الخصوم على القاضى.

كما أثبتنا أيضا أن السلطة التقديرية للقاضى نجد مجالها فى نطاق عنصر الفرض فى القاعدة القانونية، وذلك عندما يمارس القاضى سلطته

(١) محمد محمود ابراهيم، نظرية التكييف، ص ١٣٦.

التقديرية فى مجال استخلاص المعيار العام المجرد الذى قد يعتنقه المشرع ويضع له مجرد محددات عامة تحتاج لضبط وتقدير يقوم بهما القاضى.

وفى مجال حكم القاعدة القانونية رأينا أن القاضى يمارس سلطة تقديرية فى اختيار الاثر القانونى الذى يوجد فى عنصر القاعدة القانونية المتعلق بالحكم أو بالأثر القانونى للقاعدة.

كل هذا يقطع بأن السلطة التقديرية للقاضى تمارس فى مسائل الواقع على قدم المساواة مع مسائل القانون. وقد رأينا نطاق هذه السلطة التقديرية فى أحوال عدم وجود نص قانونى وذلك حينما يصعد القاضى الى مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى.

١٧٥- أما القول بأنه ليس هناك تقدير فى عملية تفسير القانون، فهو أيضا محل نظر، لأنه لو انعدمت سلطة التقدير فى اعمال التفسير فهو أيضا محل نظر، لأنه لو انعدمت سلطة التقدير فى اعمال التفسير القانونى للنصوص، فمعنى ذلك أن الحلول لاقضائية المتعلقة باعمال القانون كان يجب أن تكون موحدة، أى أن التفسير كان يجب أن يكون واحدا لذات القاعدة بالنسبة لكافة المحاكم.

ولكن المشاهد هو عكس ذلك، فالتفسير الذى يعطى لقاعدة معينة قد يختلف من حالة الى أخرى، ومن قاضى الى آخر، ولهذا وجدت أوجه الطعن التى تعالج أحوال الخطأ فى التفسير أو تأويل القانون.

والسبب فى اختلاف التفسير القانونى لذات القاعدة القانونية، يرجع الى اختلاف تقدير القضاة لاعمال هذه القاعدة على واقع النزاع[١].

أما القول بأنه لا يوجد تقدير فى ذات عملية التكييف فهو قول لا يقوم على عناصر تؤيده، لأن القاضى وهو يجرى عملية التكييف يقوم بسلسة من

(١) عكس ذلك، محمد محمود ابراهيم، ص ١٣٦.

عمليات التقدير لامعقدة لكى يصل فى النهاية الى اعمال القاعدة القانونية التى يراها ملائمة على وقائع النزاع.

فالقاضى يقدر حين يكيف، ولكن التقدير هنا يعاصر عملية التكييف، لأنه يرمى الى اعمال القانون، فالتقدير فى هذه الحالة هو أداة مساعدة لاعمال التكييف لاقانونى. والدليل على صدق ما نقول به أن الرأى الذى نقوم بتقديره الآن[1]، يذهب الى القول بأنه يوجد ارتباط وثيق بين سلطة التقدير وسلطة التكييف، وأولاهما سابقة على الثانية والثانية مترتبة على الأولى، والارتباط هنا هو ارتباط السبب بالنتيجة، والواقع أن الارتباط فى هذه الحالة وكما نراه نحن، هو ارتباط المقدمة بالنتيجة، وهو ارتباط وظيفى فى الواقع، لأن وظيفة التقدير تهدف الى اعمال التكييف القانونى الذى يؤدى الى اطلاق الأثر القانونى القائم فى القاعدة القانونية، وبالتالى حسم النزاع وفقا له.

هذه هى العلاقة الواجب فهمها لسلطة القاضى التقديرية، فى علاقتها بالتكييف القانونى.

وبهذا ينتهى الفصل الثانى من الباب الأول والذى خصصناه لدراسة مسألة التقدير القضائى الموضوعى.

وننتقل الآن الى الفصل الثالث والأخير فى هذا الباب والخاص بدراسة التقدير القضائى الشخصى.

---

(١) محمد محمود ابراهيم. المرجع السابق، ص ١٤١.

الفصل الثالث

التقدير القضائى الشخصى

١٧٦- نتولى فى هذا الفصل دراسة النوع الثانى من أنواع التقدير القضائى لاذى يملكه القاضى بما له من سلطة تقديرية، ونقصد بذلك التقدير الشخصى.

ونقترح تقسيم هذا الفصل الى المباحث الآتية:

المبحث الأول: معنى التقدير القضائى الشخصى.

المبحث الثانى: عناصر التقدير القضائى الشخصى.

المبحث الثالث: علاقة التقدير الخصى بالواقع وبالقانون.

والى معالجة هذه المسائل بالتفصيل اللازم.

المبحث الأول

معنى التقدير القضائى الشخصى

١٧٧ - نتناول فى هذا المبحث تحديد المفهوم الواجب اعطاؤه لمسألة التقدير القضائى.

ونتولى معالجة هذا المفهوم فى المطالب التالية:

المطلب الأول: تحديد مفهوم التقدير الشخصى.

المطلب الثانى: تحديد الاعتبارات التى يقوم عليها التقدير الشخصى.

المطلب الأول

فى تحديد مفهوم التقدير الشخصى

١٧٨- حينما يمارس القاضى سلطته التقديرية. فانه اما أن يقوم بتقدير موضوعى وفقا للموجهات العامة التى تستوجب القيام بهذا التقدير، والتى قد ترد فى أى أداة منن أدوات الصياغة القانونية التى تحكم نشاطه.

وأما أن يقوم بتقدير شخصى للنزاع المطروح عليه وفقا لذات هذه الموجهات. والتقدير الموضوعى السابق دراسته يرتبط بمعيار مجرد يستخدم كموجه لسلطة القاضى التقديرية. هذا المعيار المجرد لا يغفل الظروف الخاصة بالمركز المتنازع عليه، والتى من شأنها أن تؤثر فى النتيجة التى يتوصل اليها القاضى. وبناء على ذلك فالتقدير الموضوعى لا يترك جانا الا العناصر الذاتية بأشخاص الخصوم كقاعدة عامة.

ومن هذا يتضح لنا أن التقدير الموضوعى يرتبط بالوضع الظاهر، وبالنية الظاهرة للفرد العام المعتبر أساس النموذج المجرد.

أما التقدير الشخصى الذى يقوم به القاضى حينما يمارس سلطته التقديرية، فهو يعتد بالعناصر الذاتية أو الشخصية للأفراد ويأخذها فى الاعتبار لأنها ذات تأثير كبير على النتيجة التى يتوصل اليها القاضى عند اعماله لسلطته التقديرية.

ونريد الآن أن ندرس بعناية ماهية ومفهوم التقدير القضائى الشخصى[1].

---

(١) - j. Ghestin: La notion d'erreur dans le droit positif françait p. 50 et S.

- M. O. Stati: Le standard juridique. Thése. 1927. p. 70 et S.
- J. Normand : Le juge et le litige. p. 372.

- السنهورى، الوجيز، ص ٣١٤ وما بعدها.
- محمد ابراهيم الدسوقى. تقرير التعويض بين الخطأ والضرر، ص ٤٠٢.
- محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، ص ١٢٨.

١٧٩- ويجب أن نلاحظ منذ البداية ان التقدير الموضوعى الذى يقوم به القاضى لا يعتبر منفصلا ومستقلا تمام الاستقلال عن التقدير الشخصى الذى يقوم به فى أحوال معينة، فكلا التقديرين يتصل بشكل أو بآخر النوع الثانى. مما يؤدى الى القول بأن عناصر التقديرين يلعب معا فى آن واحد[1]. والتقدير الشخصى يعتبر اصدق فى التعبير عن النية الحقيقية. ويقصد بالتقدير الشخصى ان القاضى يأخذ فى اعتباره العناصر الذاتية اللصيقة بشخص الخصم ولا يترك منها شيئا.

ومعنى ذلك أن القاضى بصدد هذا النوع من التقدير يتجرد من الظروف والملابسات الخارجية للنشاط الذى قام به الشخص الذى يتولى تقدير مسلكه، ولا يعتد الا بفحص سلوكه الذاتى اخذا فى الاعتبار كافة ظروفه الشخصية.

واذا كان التقدير الموضوعى يسود فى الأحوال التى يراد فيها تحميل الشخص بالالتزام، فان التقدير الشخصى يسود كقاعدة عامة فى الأحوال التى يراد فيها حماية شخص ما حماية قانونية.

وفى التقدير الشخصى يسود فى الأحوال التى يراد فيها تحميل الشخصى بالتزام، فان التقدير الشخصى يسود كقاعدة عامة فى الأحوال التى يراد فيها حماية شخص ما حماية قانونية.

وفى التقدير الشخصى يواجه القاضى، وهو العضو المكلف قانونا باجراء هذا التقدير، بقاعدة قانونية تضع مبدأ التقدير الشخصى.

كما يواجه هذا القاضى بمجموع واقعى معين بطلب اعمال القانون عليه، ويجب على القاضى اعمالا للقانون أن يقوم باجراء التقدير الشخصى. ويتم

---

(١) - N. D. De la Batie Appréciation in Concreto et Appréciation in abstracto en droit civil Français Thése. Paris. 1965. p. 7 et S.
- A. Pirovano: Foute civile et Faute pénale. Thése Nice. 1966. p. 135 et S.

ذلك عن طريق المقارنة، والمقارنة هذه تتضمن فى الواقع العديد من المقارنات: فهى تتضمن أولا فهم مضمون القاعدة القانونية التى يراها القاضى محتملة التطبيق على الواقع المطروح عليه، ويتم هذا الفهم بأسلوب معين سوف نراه منبعد. وبعد ذلك يقوم القاضى بعملية مقارنة ثانية، تنصب هذه المرة على مجموع الوقائع المطروح عليه. وفى هذه المرحلة بالذات واعمالا للتقدير الشخصى، الذى نسعى الى تحدد معناه، يقوم القاضى باستشفاف معنى هذا الواقع على ضوء مقارنته بسلوك الخصم ذاته.

فالمعيار فى امال التقدير الشخصى يتم بتقدير وقائع النزاع بالنسبة للشخص المطلوب حمايته. فينظر الى سلوكه المعتاد، وليس الى سلوك شخص ام مجرد كما فى التقدير الموضوعى، ويحمل سلوك الشخص محل الاعتبار ويدرس القاضى نقائصه والملكات التى يتمتع بها، وحاجاته، وسنه، وجنسه، وثقافته.

كما يدرس مهاراته، وأوجه النقص فيه، وخبرته وحرفته وظروف الزمان والمكان اللتان كان يوجد فيهما.

ولا شك أن التقدير الشخصى يثير العديد من مسائل الاثبات التى قد تكون متعسرة الى حد كبير[١].

١٨٠ - وبناء على ذلك فاذا كان التقدير الموضوعى ينصرف الى اتخاذ شخص مجرد وعام كطرف للمقارنة التى يجريها القاضى بين مسلك الخصم، والمسلك المراد التوصل الى معيار عام ازائه، فان التقدير الشخصى، على العكس من ذلك، يعتد بشخص الخصم ذاته فى تقدير مسلكه، ولا توجد فى هذه الأحوال احالة الى معيار عام مجرد un type purement abstrait.

---

(١) - Rabut: De la notion de faute en droit privé. Thése. Paris 1946 p. 120.
- Cass. civ.: 20/ 12/ 1960, j. c. p. 1961 - II - 12031.

ومع ذلك فقد يوجد معيار خليط بين المعيار الموضوعى، والمعيار الشخصى، فيعتد فى التقدير فى آن واحد بمعيار عام مجرد، ويؤخذ فى الاعتبار أيضا بعض العناصر الشخصية الخاصة بالشخص المراد تقدير مسلكه.

مثال ذلك فى أحوال الاكراه كعيب من عيوب الرضا. فى هذا المثال فانه يجب النظر الى الشخص العاقل، وهذا معيار موضوعى، مع الأخذ فى الاعتبار ظروف السن والجنس والثقافة وظروف التعاقد، وهذه العناصر تعتبر فى صحيح النظر مجرد عناصر أو ظروف شخصية لصيقة بشخص الطرف المراد حمايته.

ومثل هذا التقدير يعتبر تقديرا وسيطا بين التقدير الموضوعى والتقدير الشخصى، والعبرة فى اعتباره من هذا أو ذاك انما تكون بغلبة العناصر المجردة أو العناصر الشخصية فى التوصل الى النتيجة النهائية فى التقدير.

١٨١ – والتقدير الشخصى شأنه شأن التقدير الموضوعى ما هما الا أداتان فنيتان للتوصل الى اعمال أفكار عامة واردة بالقواعد القانونية المراد تطبيقها على مراكز واقعية متنازع عليها.

وبناء على ذلك فاذا احتوت القواعد القانونية على اشارات أو معطيات مباشرة تنصب لعى الحقائق الانسانية، فان ذلك يدل على أن الجهد التقديرى الذى سوف يقوم به القاضى لاعمالها عل الواقع سوف يرتكز على المعيار الذاتى أو الشخصى le critére objectif ou concret .

وعكس ذلك، حينما تحتوى القواعد القانونية على معايير عامة تأخذ فى حسابها الاشارة الى قواعد أو معايير مجردة، فان التقدير فى مثل هذه الحالات سوف يكون تقديرا موضوعيا.

والجوهرى فى التقدير الشخصى الذى يقوم به القاضى، انه اذا ما نسب الى شخص قصور معين فى تنفيذ التزاماته، فانه ينبغى على القاضى أن

يقدر هذا القصور على ضوء مسلك المدين فى حياته العادية وبالنسبة لاموره الخاصة[1].

والتقدير الشخصى يجد مجالا خصبا فى نطاق القانون الجنائى.

وتفصيل ذلك أن الخطأ المدنى يؤدى الى ضرورة التعويض، لأنه يتضمن مخالفة للقواعد القانونية المنظمة للسلوك. أما الخطأ الجنائى، فانه وان كان يتضمن داخل عناصره المكونة مخالفة لقواعد السلوك القانونية، الا انه يرمى الى العقاب وليس الى التعويض.

وطالما أنه يرمى الى معاقبة المخالف فانه لابد من ادخال التقدير الشخصى فى الاعتبار لمعرفة ما اذا كان للعناصر الذاتية اللصيقة بشخص المخالف دخل فى احداث هذا الخطأ أم لا. ويقصد بذلك أنه يجب أن يقدر القاضى المخالفة المكونة للخطأ الجنائى آخذا فى اعتباره ليس مجرد مخالفة القواعد الجنائية بل أيضا دور ملكاته الذاتية والخاصة فى احداث هذا الخطأ[2].

وعلى ذلك فالتقدير الشخصى يلعب دورا كبيرا فى نطاق القانون الجنائى[3].

والمعيار الشخصى اذ يستند على البحث عن العناصر الذاتية التى تحكم سلوك الشخص، يهدف الى التوصل الى الحقيقة الذاتية للسلوك محل الاعتبار، والتقدير الشخصى يقوم على فكرة الاقتصاد الحر وسلطان الارادة وهى جميعها عوامل تقوم على القصد والنية[4].

---

(١) - Paris. 7/ 10/ 1954. D. 1955 p. 100.
- Paris. 4/ 1/ 1952. D. 1952. p. 112.

(٢) - A. Pirovano: Faute civile et Faute pénale. Op. cit. p. 136.

(٣) - Pirovano. p. 145.

(٤) - Jossrand: De lesprit des droits. p. 372.
- Démogue: Traité des obligations. p. 300.
- محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، رسالة، ص ١٣٥.

١٨٢- والخلاصة اذا هى أن التقدير الشخصى يعتمد بصفة جوهرية على كافة الصفات لاذاتية التى تلحق بالشخص المراد تقدير سلوكه. فلا تهمل خصيصة منها وانما تقدر على ضوء مسلك هذا الشخص فى ادارة أموره.

ولا شك أن هذا المعيار يتفق م الارادة الحقيقية للشخص محل الاعتبار، كما يتفق مع فكرة العدالة الخاصة أى عدالة الحالة محل البحث.

ومع ذلك فمثل هذا المعيار يؤدى الى اضطراب الحياة القانونية، لأن فى القدير الشخصى، مع ما يصاحبه من البحث عن النوايا والبواعث، ما يضحى بمصلحة الاستقرار فى المجتمع تغليبا لمصلحة شخص معين.

ولكن يخفف من ذلك أنه فى الغالب الأعم من الحالات لا يوجد تقدير شخصى بحت، ولا تقدير موضوعى بحت، بل ان التقدير القضائى يحتوى غالبا على عناصر مشتركة من التقدير الموضوعى والتقدير الشخصى، كما سوف نرى من بعد.

المطلب الثانى

تحديد الاعتبارات التى يقوم عليها التقدير الشخصى

١٨٣ - اذا أخذنا بالمعيار الشخصى أو الذاتى، فانه يجب أن ننظر الى شخص المعتدى، فنبحث هل ما وقع منه يعد انحرافا فى سلوكه الذاتى. اذ قد يكون على درجة كبيرة من اليقظة، وبالتالى فأقل انحراف فى سلوكه يعتبر تعديا، وقد يكون دون المستوى العادى فلا يعتبر متعديا الا اذا كان الانحراف فى سلوكه انحرافا كبيرا بارزا.

وقد يكون الشخص الذى يقر سلوكه فى حالة معينة، فى المستوى

العادى وبالتالى يكون التعدى بالنسبة اليه ليس بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة.

والمعيار الشخصى أو الذاتى لا شك فى عدالته، فهو يقيس مسئولية كل شخص بمعيار من فطنته ويقظته. ومع ذلك فهذا المعيار ينطوى على عيبا جوهريا لا يصلح معه أن يكون مقياسا منضبطا وافيا بالغرض. فهو يقتضى أن ننسب الانحراف فى السلوك الى صاحبه. وبالتالى ينبغى أن نكشف عما فيه من يقظة وهذا أمر خفى، ثم هو بعد ذلك يختلف باختلاف الأشخاص.

وبالتالى ما ذنب المضرور ضحية هذا الانحراف؟ وما الذى يعنيه وقد حاق به الضرر، من أن يكون المتسبب فيه شخصا فوق المستوى العادى أودون هذا المستوى؟[١].

ولما كان المعيار الشخصى ينتمى الى البواعث والنيات فقد كان على القاضى أن يغوص فى خلجات النفس وبواعثها الحقيقية، وينتج من ذلك صعوبة هذا النوع من أنواع التقدير الشخصى. وبالاضافة الى ذلك وبالرغم من السلطة الكبيرة التى يتمتع بها القاضى ازاء التقدير الشخصى، فان ثبات الأشكال المختلفة التى يبحثها القاضى للقول بقيام التقدير الشخصى على أسس سليمة هو أمر فى غاية الصعوبة[٢].

١٨٩- والخلاصة اذا هى أن التقدير الشخصى يواجه الحالات التى يقوم فيها القانون بمنح حماية قانونية لأشخاص معينين. ومن أجمل اعمال هذه الحماية فانه يجب أن تؤخذ فى الاعتبار كافة الظروف الشخصية اللصيقة بالمركز القانونى محل هذه الحماية.

---

(١) السنهورى، الوجيز، ص ٣١٢.

(٢) - Starck. l'obligation. 1972. p. 132.

المبحث الثانى

عناصر التقدير الشخصى

١٨٥- نعالج فيما يلى عناصر التقدير الشخصى فى المطالب الآتية :

المطلب الأول: نشاط القاضى فى عملية التقدير الشخصى.

المطلب الثانى: مادة نشاط القاضى فى التقدير الشخصى.

المطلب الثالث: معيار صحة التقدير الشخصى.

ونوالى التفصيل فى الدراسة التالية.

المطلب الأول

نشاط القاضى فى عملية التقدير الشخصى

١٨٦- حينما يقوم القاضى باعمال سلطته التقديرية بوجه عام، فانه لا يعمل فى فراغ، وانما يبدأ عمله التقديرى بمناسبة نزاع مطروح عليه، هذا النزاع تحكمه قواعد قانونية، والسلطة التقديرية تمارس فى هذا النطاق بالذات.

فعند طرح النزاع على القاضى، فان هذا الأخير يقوم بعملية تقدير، تمهيدا لاعطاء هذا النزاع وصفا قانونيا كما سبق الشرح، وعند اختيار القاعدة القانونية الواجبة التطبى، فانه يختار قواعد معينة يراها - فى زمن أول - محتملة التطبيق على النزاع. احتمال التطبيق هذا يدخله عنصر تقديرى. لأن ما قد يراه القاضى محتمل التطبيق، قد يراه قاضى آخر، وفقاً لسلطته التقديرية، غير محتمل التطبيق.

واختيار القاضى للقاعدة القانونية - كما سوف نرى من بعد - لا يتم بطريقة عشوائية. وانما يتم وفقا للمصلحة المحمية بهذه القواعد. وتقدير طبيعة هذه المصلحة يتم بمفعرفة القاضى. هذا التقدير يتم وفقا لقواعد التفسير التشريعى المعروفة.

وبمناسبة هذا التقدير، فان القاضى يعمل نشاطه الذهنى فى فهم المصلحة التى يريد المشرع حمايتها. هذه المصلحة قد تكون مصلحة عامة، وقد تكون مصلحة خاصة. واذا ما توصل القاضى الى اعتبار أن المصلحة محل الحماية هى المصلحة العامة، فان تقدير مضمون القاعدة القانونية سوف يكون تقديرا موضوعيا كما سبق البيان. أما اذا خلص القاضى الى اعتبار أن المصلحة محل الحماية القانونية هى مصلحة خاصة بشخص يريد القانون كفالة حمايته، فان التقدير لمضمون القاعدة سوف يتم بطريقة ذاتية أو شخصية.

هذان الأسلوبان من أساليب التقدير ينعكسان انعكاسا حتميا كما سوف نرى من بعد على تقدير المجموع الواقعى المطروح على القاضى، فيتم هذا التقدير وفقا لهذا الانعكاس الحتمى اما موضوعيا؛ واما شخصيا: .

١٨٧- من هذه المقدمات يتضح لنا أن أول عنصر من عناصر التقدير الشخصى هو النشاط الذهنى الذى يقوم به القاضى. هذا النشاط فى فهم الواقع والقانون يقع فى دائرة السلطة التقديرية للقاضى. ولا يخضع لرقابة محكمة النقض بطريق مباشر، كما سيرد البيان فى الباب الثالث من هذا المؤلف: لأنه من العسير مراقبة الحالة النفسية للقاضى ونشاطه العقلى فى هذا المجال.

هذا النشاط الذى يقوم به القاضى، ونحن نعتبره عنصرا من عناصر التقدير الشخصى، ومع ذلك فليس هذا النشاط هو بعينه ذات التقدير كان موضوعيا، أو شخصيا، هو الاطار الذى يحتوى لعى نوعى التقدير السابق ذكرهما. ولكنه ليس هو عين التقدير الذاتى أو الموضوعى.

والقاضى فى اعماله للتقدير الشخصى يهدف الى التوصل الى تحديد العناصر اللازمة لاعمال القاعدة القانونية، التى تستجيب موضوعيا لحسم هذا النزاع.

فتقدير القاضى الشخصى أو الذاتى يتم فى آن واحد وعلى محورين، الأول هو محور الواقع، والثانى هو محور القانون، ويقاس نجاح القاضى فى التوصل الى المعيار الذاتى، بنجاحه فى فهم المصلحة محل الحماية القانونية فى الحالة محل البحث.

١٨٩- ونشاط القاضى لاتقديرى فى هذا المجال اذا كان فى جوهره محدد معروف، كما سبق الشرح، فان هذا التحديد يكون حيا واضحا فى الأحوال التى يوجد فيها نص مكتوب أو قاعدة عرفية.

أما فى الأحوال التى توجد فيها احالة الى مبدأ عام، أو مفهوم عام،

أونمط نموذجى standard أو قواعد العدالة، أو مبادئ القانون الطبيعى، فاننا نواجه فى مثل هذه الأحوال بسلطة تقديرية واسعة، قد تظهر لأول وهلة على أنها سلطة غير منضبطة الحدود ولا الملامح.

وتفصيل ذلك أنه من المتصور أن يعلن القانون مجرد اعلان حمايته لمصلحة خاصة، ويترك للقاضى مهمة تحديد الأثر المترتب على هذه الحماية، فى مثل هذه الحالة قد يحيل المشرع القاضى الى أحد أدوات الصياغة القانونية، من مبادئ عامة أو مفاهيم عامة أو قواعد عدالة، أو غير ذلك من أدوات الصياغة القانونية، بهدف البحث عن قاعدة تحكم النزاع.

فى مثل هذه الأحوال يقوم القاضى بجهد تقديرى بارز فى مجال التوصل لاى قاعدة تحكم النزاع، بل اننا لا نعدو الحقيقة اذ ذكرنا أن القاضى يقوم هنا بدور خلاق وانشائى، فهو يخلق وينشئ القواعد القانونية اللازمة لحل النزاع المطروح عليه، وكل ذلك يتم بتفويض من القانون.

والقاعدة التى يتوصل اليها القاضى بناء على ذلك تتم بما له من سلطة تقديرية، والتقدير فى مثل هذه الأحوال يكون تقديرا ذاتياً أو شخصياً نظرا لأن طبيعة المصلحة محل الحماية هى مصلحة خاصة.

١٩٠- فاذا أحال القانون الى المبادئ العامة، والمفاهيم القانونية les principes et conceptions، فان القاضى يتولى وفقا لتقديره الخاص، التوصل أولا الى تحديد هذه المبادئ وهذه المفاهيم، ثم يقوم بعد ذلك باستخلاص المعيار الذاتى الوارد بها، على ضوء ما يكتشفه من مصلحة محل حماية فى هذه المبادئ وبالنظر فى ذات الوقت الى مجموع الوقائع المطروح عليه(١).

فسلطة التقدير فى هذا المجال متروكة للقاضى وهو يمارسها بمطلق السلطان المعترف به لنشاطه الذهنى الذى يقوم به فى هذا النطاق.

---

(١) - Morin: La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté. Paris. 1927, p. 50.

ومع ذلك فقد ذهب البعض الى القول بأن النتائج التى يتوصل اليها القاضى عن طريق اعمال سلطته التقديرية فى مجال المبادئ والمفاهيم القانونية لن تكون مفيدة الا بمقدرار الحيطة والذكاء والخبرة التى يتمتع بها القاضى[١].

فالمبادئ والمفاهيم التى يتوصل اليها القاضى لن تكون لها فى الواقع الا صفة ذاتية أو شخصية، بحسب وجهة النظر التى يتمتع بها القاضى[٢].

وحتى فى مجال فكرة الـ Standard juridique الذى يقدم الى القاضى موجهات عامة، عناصرها موضوعية وشخصية، لانه يطرح على القاضى فى صورة توجيه أو ارشاد نمط نموذجى مقيد بظروف معينة، لكى يقيس عليه حالة واقعية معينة، فاذا ما تطابقت الحالتين، أمكن اعمال الاثر المحدد لذلك. فى داخل هذا النظام يقوم القاضى باعمال تقديره الشخصى الى أبعد مدى. فهو يأخذ كافة الظروف الخاصة بالحالة الواقعية فى الحسبان[٣].

وكل هذا يؤدى فى نظر انصار هذه الفكرة الى التوصل لاقامة التوازن فى الحياة الاجتماعية. وذلك نظرا لأن نظام الـ Standard يؤدى الى التوصل الى العدالة الخاصة une justice individualisée وليس الى العدالة المجردة التى يتوصل اليها عن طريق التقدير الموضوعى للقواعد القانونية[٤].

من كل ذلك يتضح لنا أهمية ونطاق الدور الذى يلعبه نشاط القاضى فى التوصل الى التقدير الشخصى.

وننتقل بعد ذلك الى دراسة مادة نشاط القاضى بصدد التقدير الشخصى.

---

(١) - Geny: Méthode d'interprétation. T. I. n. 25.

(٢) - Geny: Op. cit. p. 129.

(٣) - NAST: La fonction de la jurisprudence. p. 6.

(٤) - Stati: Le standard juridique. 1927. pp. 111 - 112.

المطلب الثانى

مادة نشاط القاضى فى التقدير الشخصى

١٩١- ينصب نشاط القاضى حينما يتصدى لاعمال سلطته التقديرية، وبالذات حينما يعمل التقدير الشخصى، على مسائل الواقع ومسائل القانون.

ولهذا نقسم هذا المطلب الى الفروع التالية:

الفرع الأول: التقدير الشخصى والقواعد القانونية.

الفرع الثانى: التقدير الشخصى والوقائع.

ونقدم تفصيل ذلك فيما يلى :

الفرع الأول

التقدير الشخصى ومسائل القانون

١٩٢- يقصد بالتقدير الشخصى فى نطاق المسائل القانونية قيام القاضى بتحديد المصلحة المقصودة بالحماية فى هذه المسائل. وبتالى لا يقصد بمصطلح التقدير الشخصى كيفية فهم القاضى لمسائل القانون، ولا كيفية تفسيره لهذه المسائل، فكل هذا يعتبر مجرد نشاط ذهنى الهدف منه هو التوصل الى فهم مضمون المصلحة التى تحميها القاعدة القانونية. لهذا قلنا فيما مضى أن نشاط القاضى الذهنى يمثل الاطار العام لسلطة القاضى التقديرية، ولا يعتبر هو نفسه تقديرا شخصيا موضوعيا.

لذا فان بحثنا الآن ينحصر فقط فى دراسة كيفية استخلاص التقدير الشخصى من عناصر القاعدة القانونية، ودالة هذا البحث هى الكشف عن المصلحة محل الحماية القانونية[1].

---

(١) - A. Pirovano: Faute civile et Faute Pénale. Thése. 1966. Paris. p. 135.

- N. D.: De la Batie. Op. cit. p. 217.

=

فمن المقرر أن القواعد القانونية التى تحكم السلوك فى المجتمع، تتقرر المصالح محل الحماية القانونية فيها على واحد من الأسس الآتية:

١ - قد تحمى القواعد القانونية مصلحة المجتمع ككل كما فى الوقواعد الجنائية، أو مصلحة أفراد هذا المجمع كما فى القواعد المدنية وذلك فى الأحوال التى تفرض على هؤلاء الأشخاص التزامات معينة.

٢ - وقد تحمى القواعد القانونية مصالح خاصة للأفراد وذلك فى الأحوال التى تحيط فيها الأفراد بحماية قانونية معينة.

وعلى ذلك فالقواعد القانونية تقع على محور هذه المصالح. وذلك بهدف اقامة التوازن فيما بينها. ويتحقق هذا التوازن بحماية النفقة المشروعة فى السلوك. أو باعطاء حرية الحركة للأفراد فى اطار المصالح التى يرعاها القانون.

وقيام القاضى باعمال سلطته التقديرية ازاء مسائل القانون، وذلك بالمعنى الذى نقصده لهذه السلطة التقديرية، يهدف الى ترجيح مصلحة على أخرى فى نطاق المصالح التى يحميها القانون. ومن هنا يتحدد نوع التقدير الذى سوف يمارسه القاضى ازاء المسائل القانونية. فاذا كانت القواعد القانونية ترجح المصلحة العامة، أو مصلحة الطرف الذى سوف يحمل بالالتزام فان الغلبة تكون للتقدير الموضوعى.

والعكس صحيح بالنسبة للأحوال التى تراعى القواعد القانونية فيها مصلحة الطرف الذى يريد القانون حمايته، فتكون الغلبة للتقدير الشخصى..

- Ch. Perelman et p. Fotriers: La motivation des Décisions de = justice. 1978. p. 23 ets.
- Le fait et le droit: Etudes de logique juridique juridique: Travaux du centre National de recherches de logiqe. 1961. p. 269.
- M. O. Stati: Le standard juridique. Op. cit. 115 et S.

١٩٣- وبناء على ذلك فنشاط القاضى ازاء مسائل القانون ينحصر فى البحث عن المصلحة محل الحماية، ومكان هذا البحث يتحدد بمفترض القاعدة القانونية فى الأحوال التى يوجد فيها نص مكتوب أو قاعدة عرفية.

فداخل هذا المحل يتعين على القاضى أن يقوم بتجسيد هذه المصلحة، وبالتالى اعمال التقدير الشخصى أو التقدير الموضوعى.

وفهم النشاط التقديرى الذى يقوم به القاضى لمعرفة المصلحة المحمية بواسطة مسائل القانون لن يتأتى الا بضرب بعض الأمثلة التى توضح مثل هذا النشاط.

ففى مجال عيوب الرضا على سبيل المثال:

فتنص المادة ١٢٠ مدنى مصرى على أنه: «اذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له ابطال العقد». وتنص المادة ١٢٢ من ذات التقنين عل أنه: «١- يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط. ٢- ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص: (أ) اذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية. (ب) اذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد».

وازاء مثل هذا النص فاننا نضع السؤال التالى: كيف يقوم القاضى باستخلاص المعيار الذاتى من هذه القاعدة القانونية؟ واستخلاص المصلحة محل الحماية، يمكن أن يتم بطريقة مجردة ووفقا للمعيار الموضوعى، أى معيار الرجل الحريص الذى يبذل العناية العادية حتى لا يقع فى الغلط عند التعاقد، كما سبق القول من قبل. ولكن مثل هذا المعيار يستبعده الفقه على أساس أنه معيار جامد، ولا يؤدى الى حماية الأفراد حماية كافية[١].

(١) - Rennes: 17/ 6/ 1929. Gaz pal. 1929 - 2 - 396.

ومن جهة أخرى فان استخلاص المصلحة محل الحماية من مثل هذا النص من الممكن أن يتم وفقا للمعيار الشخصى، أو الذاتى. ويقصد بذلك واحد من المعانى الآتية:

١- البحث عن الاتبارات النفسية التى أدت بالمتعاقد الى الوقوع فى الخطأ الذى ترتب عليه الغلط[1].

٢- البحث عن معيار عام محدد يقاس عليه الغلط.

ويتم التوصل الى هذا المعيار عن طريق بحث الظروف النفسية، ونقائضه الخاصة وما اذا كانت فى حالة معينة تؤدى الى الوقوع فى الغلط أم لا. والمستقر لدى الفقه الحديث فى القانون المدنى أنه توجد قاعدة عامة تملى على كل متعاقد حد أدنى من واجب اليقظة والحرص، الذى اذا لم يلاحظه المتعاقد، فانه لا يكون جديرا بالحماية القانونية.

وسبب قيام هذه القاعدة يعود الى ضرورة الحفاظ على قواعد استقرار التجارة القانونية.

ودليل ذلك أن هناك من الأحكام القضائية ما رفض الحكم بالبطلان على أساس الغلط فى الأحوال التى يكون المتعاقد فيها قد أهمل الحيطه أوالاستعلام[2].

والقاعدة التى توجد الحرص العادى الذى يترتب على عدم مراعاته عدم الحكم بالبطلان. هى قاعدة الغلط المغتفر، فالغلط الذى لا يغتفر هذا الغلط الذى ما كان يقع لو التزم المتعاقد بالقاعدة التى توجب عليه

---

(١) - Cas. civ. : 4/ 5/ 1956. D. 1957 - 313.
- Bordeaux: 3/ 3/ 1943. j. c. p. 1943 2022.
- Civ. 18/ 7/ 1956. Bull. civ. 1956. III. No 220.

(٢) - Besançon: 5/ 7/ 1899. S. 1951 - 1 - 177.
- Rennes : 26/ 10/ 1950. Gaz. pal. 1951 - 1 - 27.
- Colmar : 15/ 10/ 1929. Gaz. pal. 1929 - 2 - 824.

الاستعلام. أو اتخاذ الاحتياط الضرورى حتى لا يقع فيه. وهذا الغلط لا يؤدى الى ابطال العقد كقاعدة عامة. أما اذا كان الغلط مغتفرا. بأن كان المتعاقد رغم اتخاذه كافة الاحتياطات التى تمليها قاعدة الحرص العادى، ووقع رغم ذلك فى اللط، فانه يكون فى مثل هذه الحالة جديرا بالحماية. وتحكم المحكمة ببطلان العقد.

ومحكمة النقض الفرنسية تؤيد قضاء الموضوع الذى يرفض الحكم ببطلان العقد لأن الغلط لم يكن مغتفرا.

. [١]L'erreur n'était pas exeusable

١٩٤- ومع ذلك يجب علينا أن نقوم بابراز الجهد التقديرى الذى يقوم به القاضى بغية تحديد قاعدة الغلط المغتفر والغلط غير المغتفر. وذلك حتى يحكم أولا يحكم ببطلان العقد بناء عى استخلاصه للمصلحة محل الحماية القانونية، وهل هى مصلحة المتعاقد فى حالة الغلط المغتفر، أم هى مصلحة التجارة القانونية فى حالة الغلط غير المغتفر.

هل يتم هذا التقدير وفقا لمعيار ذاتى أو شخصى، أم يتم وفقا لمعيار موضوعى أو مجرد؟ أى وفقا لتقدير القاضى لكافة العناصر اللصيقة بنفسية وسلوك المتعاقد وظروف الزمان والمكان والجنس والثقافة، أم وفقا لمعيار الرجل العادى، أو الرجل الحريص؟[٢].

والفقه الحديث يستبعد معيار الرجل العادى الحريص، لأن فى الأخذ به ما يؤدى الى استبعاد الغلط حتى وان كان علطا مغتفرا، وهذا يخل بالحماية الواجب توافرها لأشخاص القانون الخاص.

---

(١) - Cass. civ.: ler Sect. 29/ 6/ 1959. Bull - civ. 195 - I no 320. p.267.

- Dabin: Erreur inexcusable et nullité des conventions, in Etude de droit civil Bruxelles. 1947. p. 35. et S.

(٢) - J. CHSTIN: La notion d'erreur dans le droit positif actuel. Thése. 1963. p. 130.

ويؤيد الفقه الاتجاه الرامى الى اعتبار المعيار الذاتى أو الشخص كأساس لتقدير متى يكون الغلط مغتفرا أو غير مغتفر، لأن فى هذا المعيار ما يكفل الحماية القانونية لأشخاص القانون الخاص.

١٩٤- واذا كان المعيار الذى يعتمده القاضى فى تقديره لفكرة الغلط هو معيار ذاتى أو شخصى، وذلك لأن المصلحة التى يحميها القانون فى مثل هذه الأحوال هى مصلحة خاصة.

فان البحث يكون مفيدا، حينما ندرس علاقة التقدير الشخصى، بمسائل القانون فى نطاق عيوب الرضا، لنوضح بشكل أكثر عمقا علاقة التقدير الشخصى الذى يستشف عن طريقة القاضى نوع المصلحة محل الحماية فى القاعدة القانونية.

ويؤدى هذا بنا الى مد نطاق البحث الى بحث نقدير الصفة الجوهرية التى يودى الغلط فيها الى ابطال العقد، وكذلك نبحث حتى يكون الغلط دافعا الى التعاقد.

فى كل ذلك نحن نبحث فقط عن معيار التقدير الذاتى الذى يقوم به القاضى وكيف يتم هذا التقدير.

المسألتان فى الواقع يربطهما رباط وثيق فبما أن الصفة جوهرية، فانها تافع الشخص الى التعاقد. وهو لم يتعاقد الا لأن الصفة جوهرية. لهذا فاننا نمع هاتين المسألتين معا لدراسة التقدير الذى يقوم به القاضى لهما.

وفى البداية فان السؤال الواجب طرحه أو الذى يطرحه القاضى على نفسه وهو بصدد التقدير يكون كالآتى:

هل الصفة الجوهرية يجب النظر اليها على اعتبار أنها أساسية بالنسبة لأى متعاقد (معيار موضوعى مجرد)، أم أنه يجب النظر اليها بالنسبة لمتعاقد معين بحسب ظروفه الخاصة (معيار شخصى أو ذاتى) ؟.

وفى هذا الصدد فان المحاكم تنظر الى الصفة الجوهرية باعتبارها كذلك

فى نظر المتعاقد أيا كان، وهذا معيار مجرد. كما أن المحاكم تعتبر أيضا الصفة جوهرية فى نظر المتعاقد الذى تقدر هذه الصفة بالنسبة اليه. وبصدد هذا التقدير الأخير فانه لا يلزم أن تكون هذه الصفة معتبرة بنفس القدر بالنسبة لكلا العاقدين. فواحد منهما على الأقل لا تهمه هذه الصفة، وانما يجب عليه أن يعرف مدى أهمية هذه الصفة وجوهريتها بالنسبة اللمتعاقد الآخر[1].

وعلى ذلك فان تقدير جوهرية الصفة يجب أن ينظر اليها بمعيار ذاتى، ومع ذلك فان هذا المعيار الذاتى لا يستبعد تماما احتمال قيام معيار موضوعى مجرد الى جانبه. ومعنى ذلك أن تقدير جوهرية الصفة ينظر اليه أولا بمعيار مجرد، بأن تكون هذه الصفة جوهرية فى ذاتها وبالنسبة للوضع العادى للأمور. ثم ينظر اليها باعتبارها جوهرية فى نظر المتعاقدين.

١٩٦- من هذا المثال الذى يمكن تعميمه نستطيع القول بأن نشاط القاضى فى بحثه عن المصلحة محل الحماية، التى تعتبر دالة على التقدير الشخصى، يقوم بعمل تطبيقى. ويقصد بذلك محاولة الكشف داخل القاعدة القانونية المكتوبة أو العرفية، عن المصلحة التى يحميها القانون، وذلك بهدف اعمال الأثر القانونى الكامن فى هذه القاعدة.

والقاضى فى عمله هذا يقوم بنشاط ذهنى خلاق بهدف الكشف عن المعايير التى يحددها القانون.

أما فى الأحوال التى لا ينظمها القانون بنص مكتوب أو بقاعدة عرفية، فانه ينبغى على القاضى أن يرجع الى مبادئ العدالة، أو قواعد القانون الطبيعى، أو المبادئ العامة أو المفاهيم العامة للقانون، وذلك بهدف التوصل الى تحديد المصلحة محل الحماية، وهل هى مصلحة عامة، أو مصلحة خاصة.

(١) - N. D. de la Batie. Op. cit. p. 212.

فالقاضى فى مثل هذه الحالات اذ يستعمل سلطته فى التقدير فانه ينشىء أو يخلق قاعدة قانونية، ويشكال هو بنفسه معيار المصلحة الواجبة الرعاية.

الفرع الثانى

التقدير الشخصى ووقائع النزاع

١٩٧- حينما يقوم القاضى باعمال التقدير الشخصى فى نطاق الوقائع، فانه من الواجب أن يكون واضحا فى الأذهان أن القاضى يتقيد فى عمله هذا بالقيود العامة التى تحكم وظيفته. وعلى ذلك فيمتنع عليه احداث أى تعديل فى مجموع الوقائع من تلقاء نفسه، كما يمتنع عليه الاعتماد على واقعة لم يطرحها عليه الخصوم، أو لم تقدم اليه تقديما صحيحا. كذلك يمتنع عليه أن يجرى سلطته التقديرية على وقائع مستمدة من عمله الشخصى.

وعلى ذلك فالتقدير الشخصى الذى يقوم به القاضى ينبغى أن يلتزم حدود الوقائع كما طرحها عليه الخصوم، دون أن يتعدى هذا النطاق بأى صورة من الصور.

بعد هذا التحديد نعيد التذكرة بما سبق قوله بصدد التقدير الشخصى ومسائل القانون، ونركز على أن سلطة لقاضى التقديرية فى هذا النطاق قامت باستخلاص معيار التقدير الشخصى وفقا لطبيعة المصلحة محل الحماية القانونية.

بعد ذلك، وفى نطاق الوقائع، يتعين على القاضى أن يقوم باستخلاص مدى توافر أو عدم توافر المصلحة محل الحماية فى هذا المجموع الواقعى.

ويتم ذلك عن طريق قيام القاضى ببحث المركز الواقعى المتنازع عليه ليرى ما اذا كانت المصلحة المراد حمايتها متوافرة فيه، أم غير متوافرة، وما اذا كانت مصلحة عامة، أم مصلحة خاصة.

ويتم هذا البحث عن طريق فحص المركز الواقعى المتنازع عليه، وذلك على ضوء النتيجة الأولية التى توصل اليها القاضى من تقديره السابق للقاعدة القانونية المحتملة التطبيق. فاذا ما وجد أن المصلحة محل الحماية فى المركز الواقعى متطابقة مع المصلحة التى تحميها القاعدة القانونية، فانه ينزل حكم هذه القاعدة أو أثرها القانونى على هذه الوقائع.

١٩٨- والسؤال الآن هو :

كيف يتوصل القاضى الى معرفة نوع المصلحة محل الحماية فى المجموع الواقعى المطروح عليه؟.

الاجابة على هذا السؤال تتلخص فيما يلى :

بما أن القاعدة القانونية المحتملة التطبيق، والتى يقدر القاضى لأول وهلة أنها صالحة للاعمال على المركز الواقعى المتنازع عليه، تعتنق مبدأ حماية المصلحة الخاصة، وبالتالى فالمعيار الوارد بها يكون معيارا ذاتيا أو شخصياً، أى معيار يأخذ فى حسابه كافة العناصر والملابسات الخاصة بشخصية الفرد المطلوب حمايته، فان القاضى يلتزم بفحص الوقائع وفقا لذات المعيار المنصوص عليه فى القاعدة القانونية.

وبالتالى يلتزم القاضى بأن يأخذ فى اعتباره كافة العناصر التى تتعلق بشخص الخصم المطلوب حمايته، سواء تعلقت هذه العناصر بحالته الجثمانية، أو حالته النفسية، أو حالته العقلية، أو مدى تقديره للأوضاع والملابسات الظاهرة، أو مدى النقص الذى يعترى أهليته أو ادراكه.

كما يأخذ فى الاعتبار أيضا ظروف الجنس والزمان والمكان التى تحيط بشخص الخصم محل الحماية بالقاعدة القانونية محل التطبيق.

كل هذه الاعتبارات يجب على القاضى أن يراعيها وهو فى مرحلة تقدير الوقائع، وهذه المرحلة تسبق مرحلة التكييف القانونى كما سبق القول، كما أنها تعتبر تمهيدا لها.

١٩٩- ونضرب بعض الأمثلة المستمدة من الفقه ومن القضاء الصادر فى هذا المجال:

فى نطاق عيوب الارادة، يقوم التدليس كعيب من عيوب الرضا. ويقصد بالتدليس ايقاع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد.

واذا ما أردنا تطبيق المعيار الشخصى فى التقدير فى مجال الوقائع وفى نطاق عيب التدليس، فان القاضى يتعين عليه أن يقوم بفحص مركز الخصم طالب الحماية القانونية.

ويبدأ القاضى من منطلق أن التدليس لا يقوم الا فى جانب الأشخاص الذين يقعون فى غلط مغتفر بسبب التدليس، أى الأشخاص محل الحماية القانونية فى هذا المجال.

والواقع أنه يوجد فى هذا النطاق، كما هو الشأن فى عيب الغلط، قاعدة عامة توجب توافر حد أدنى من الحرص والعناية:

une certaine norme de diligence

وهنا العديد من الأحكام القضائية التى تؤكد قيام هذه القاعدة وضرورة مراعاتها.

فقد حكم بأن المشترى يجب عليه أن يلتزم جانب الحذر فى مواجهة مبالغات البائع الواردة فى أقواله أو اعلاناته الموجهة الى الجمهور، ويجب على المشترى أن يتحقق بنفسه من الشىء المبيع[١]. ولا يسأل المشترى الا عن أخطاءه فى فحص الشىء المبيع[٢].

وقاعدة الحرص العادى هذه يقوم القاضى بتقديرها تقديرا ذاتيا. وبناء على ذلك فهو يأخذ فى اعتباره، من مجموع الوقائع المطروحة عليهكافة

(١) - Paris. 29/ 1/ 1861. maintenu par req. 14 - 6 - 1862 D. p. 1861. 1. 429.

(٢) - Paris. 13/ 11/ 1962. Gaz. pal. 1963 - 1 - 247.

العناصر الشخصية والنفسية اللصيقة بشخص ضحية التدليس ليقدر ما اذا كان هذا الشخص قد أخذ فى اعتباره أم لا العناية الاجبة التى تمليها قاعدة الحرص العادى، وبالتالى يكون له حق طلب ابطال العقد من عدمه[1].

فقاعدة الحرص العادى اذ تقدر هنا تقديرا ذاتيا أو شخصيا، فان مرد ذلك يرجع الى الدور الذى يقوم به محدث التدليس، مما يساهم فى ايقاع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد[2].

ومن كل هذه المقدمات يظهر لنا مدى اعمال السلطة التقديرية للقاضى فى نطاق عيوب الرضا، ومدى بحثه عن المعيار الشخصى فى نطاق المركز الواقعى المتنازع عليه.

٢٠٠- ونفس النشاط لاذهنى لاسابق شرحه يقوم به التقدير فى أحوال التدليس الدافع الى التعاقد.

وفيما يتعلق بالاكراه كعيب من عيوب الرضا، فان المادة ١٢٧ من القانون المدنى المصرى تنص على الآتى: «١- يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق، وكانت قائمة على أساس. ٢- وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ٣- ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه».

ويرى الفقه فى مصر وجوب الأخذ بمعيار شخصى أو ذاتى فى تقدير الرهبة المتولدة عن الاكراه والتى تحمل على التعاقد. فنص المادة ١٢٧/ ٣ يقضى بوجوب أن يراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه،

---

(١) - Breton. note sous civ. 30/ 5/ 1927. S. 1928 - 1 - 105.

(٢) ...

وسنه، وحالته الأجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه. والقاضى هو الذى يستخلص من الوقائع المطروحة عليه تقدير درجة الاكراه، وهل هو مؤثر أو غير مؤثر، ويسترشد فى ذلك بالمعيار الذاتى للشخص الذى وقع عليه الاكراه[1].

٢٠١- والواقع - كما يذهب اليه بعض الفقه الفرنسى - أنه من غير الممكن اعمال المعيار الموضوعى المجرد فى مواجهة طالب البطلان الذى يدعى فساد ارادته نتيجة الاكراه، لأنه فى هذه الحالة سوف نغض النظر عن النقائص وباقى العناصر اللصيقة بشخصه والتى يتعين اعتبارها لتوفير الحماية له[2].

ومع ذلك، فجمهور الفقه الفرنسى مستقر - هو أيضا - على ضرورة اتباع المعيار الشخصى فى فحص الوقائع المؤدية الى حدوث الرهبة المتولدة عن الاكراه، والتى تؤدى الى فساد الرضا وبطلان العقد بناء على ذلك[3].

ومع ذلك فان بعض لافقه الحديث يرى أنه يجب عى القاضى فى مجال الاكراه أن يبحث أيضا عن قاعدة الحرص العادى، بحيث أنه لا يقبل من أحد الاحتجاج ببطلان العقد بناء على الاكراه فى الأحوال التى يكون مسلكه فيها غير مغتفر. وتقدير ذلك يتم بواسطة القاضى اذا ثبت له أن من خضع للاكراه كان قد أذعن بسهولة شديدة. بينما كان فى امكانه حسب كافة ظروفه الخاصة بالمعنى الدقيق أن يقاوم مثل هذا الاكراه، سواء كان الاكرا تافها، أو لم ين له من الجسامة أو التأثير شيئا يذكر، فى مثل هذه

---

(١) السنهورى، الوجيز، ص ١٣٦ - ١٣٧.

(٢) - COLMET IE SATERRE : Cours analytique de code civil. T. V. p 20.

(٣) - Aubry et Rau : Cours de droit civil Français. T. 4 em.
- Demogue: Traité des obligations en général. T. I. no. 313.
- Breton: La notion de violence en tant que vice de consentement. Thése. Caen. 1925. p. 84.

الحالات لا يقبل طلب ابطال القد. والسبب فى ذلك يرجع الى عدم مراعاة قاعدة الحرص العادى، التى يجب على كل شخص مراعاتها.

هذه القاعدة، فى مثل هذه الحالات، يقوم القاضى بتقديرها تقديرا ذاتيا آخذا فى اعتباره الشخص الذى يدعى أن هناك اكراها وقع عليه(١).

هذا هو الدور الواجب على القاضى القيام به حينما يتصدى لتقدير وقائع النزاع بحثا عن توافر أو عدم توافر عناصر المعيار الشخصى.

وننتقل الآن الى دراسة مسألة معيار صحة أو عدم صحة التقدير الشخصى.

المطلب الثالث

معيار صحة أو عدم صحة التقدير الشخصى

٢٠٢- لا شك فى أن البحث عن معيار صحة أو عدم صحة التقدير الشخصى الذى يقوم به لاقاضى لهو أمر بالغ الصعوبة. فهذا المعيار لا يمكن البحث عنه فى المرحلة السابقة على صدور العمل القضائى. لأنه أثناء هذه المرحلة فاننا نكون ازاء مجموعة من النشاطات الذهنية التى يقوم بها القاضى تمهيدا لاعمال القانون على الواقع المتنازع عليه. هذا النشاط قد يكون تقيرا للواقع وللقانون. وقد يكون تكييفا قانونيا يرسيه القاضى على المركز القانونى المتنازع عليه.

فى هذه المرحلة يوجد القاضى فى مواجهة الخصوم ومراكزهم المتنازع عليها. القاضى يسيطر على القانون، فهو يفترض فيه العلم به، وهو الملزم باعماله ويعبر عن ذلك بالقاعدة اللاتينية الشهيرة: Jura Novit Curia.

أما الواقع فهو ملك الخصوم، ولهم سيادة عليه، واذا ما طرح على القاضى فانه يتولى فحصه لتطبيق القانون عليه. فى هذه المرحلة لا يمكن

---

(١) - N. D. de la Batie: Op. cit. p. 225.

بحق التأكد من صحة أو عدم صحة ما قد يقوم به القاضى من تقديرات قضائية.

وحتى بعد صدور الحكم، ومروره بكافة طرق الطعن، فلا يمكن – فى رأينا – القول بوجود معيار حاسم يعتبر دالة على صحة أو عدم صحة التقدير القضائى. لأن قاضى الطعن على فرض أنه هو أيضا قاضى موضوع، مثل قاضى الاستئناف، يباشر هو أيضا سلطة تقديرية، فهو يقدر ما سبق تقديره، وتثور بالنسبة له هو أيضا مسألة البحث عن معيار لصحة أو عدم صحة ما يقوم بهمن تقديرات.

أما قاضى الطعن الذى لا يعتبر قاضى موضوع – كمحكمة النقض – فهى لا تراقب أصلا سلطة القاضى التقديرية – بطريق مباشر – وانما هى تراقب – كما سيرد البيان فى الفصل الثالث من الباب لاثانى من هذا المؤلف – هذه السلطة بطريق غير مباشر، عن طريق مراقبة مصادر الحصول على عناصر التقدير الذى قام به القاضى.

هل معنى ذلك اذا أنه لا يوجد معيار لمعرفة صحة أو عدم صحة التقدير الموضوعى أو الشخصى الذى يقوم به القاضى؟.

فى الحقيقة فان الاجابة الدقيقة على هذا السؤال فى رأينا تدل على أن المعيار موجود، ولكنه معيار معنوى أو مجرد.

فسلامة أو عدم سلامة التقدير الشخصى لاذى يقوم به القاضى تتوقف الى حد كبير على مدى نجاحه فى استخلاص المصلحة محل الحماية القانونية من القاعدة القانونية، ومن مجموع الوقائع المطروحة عليه.

ويتم ذلك تحت اشراف رقابة محكمة النقض عن طريق الرقابة التى تفرضها هذه المحكمة على المصادر التى استمد منها القاضى سلطته التقديرية.

وننتقل أخيرا الى المبحث الثالث والأخير من هذا الفصل وبه ينتهى الباب الأول من هذا المؤلف.

المبحث الثالث

علاقة التقدير الشخصى بالواقع والقانون

٢٠٣- نعالج فيما يلى التقدير الشخصى وعلاقته بالواقع وذلك فى مطلب أول. ثم نعالج التقدير الشخصى وعلاقته بعنصرى الفرض والحكم فى القاعدة القانونية، وذلك فى مطلب ثانى.

المطلب الأول

علاقة التقدير الشخصى بالواقع

٢٠٤- يقصد بعلاقة التقدير الشخصى بالواقع أن هذا الاخير هو الوعاء الذى يحتوى على العناصر المكونة لفكرة التقدير الشخصى.

بمعنى أن على القاضى فى بحثه للمركز الواقعى المتنازع عليه أن يستخلص منه عناصر التقدير لاشخصى التى تتفق مع العناصر التى سبق له واستخلصها من القاعدة القانونية التى يراها محتملة التطبيق على النزاع.

ونشاط القاضى الذهنى ينصب على الواقع باعتباره مكونا للمقدمة الصغرى فى القياس القضائى Syllogisme judieiaire هذه المقدمة ترتبط، من خلال هذا القياس، بالمقدمة الكبرى، التى تتكون من القاعةد القانونية. لهذا قلنا أن المركز الواقعى يتضمن كافة عناصر التقدير الشخصى التى يتولى القاضى الكشف عنها، وتحديدها فى ضوء ما توصل اليه من معيار قائم من قبل فى القاعدة القانونية.

فنحن فى الواقع نكون ازاء أمرين :

الأول: نشاط ذهنى صادر من القاضى وينصب على القانون والواقع فى آن واحد.

الثانى: قياس قضائى له مقدمة كبرى هى القاعدة القانونية، ومقدمة صغرى هى وقائع النزاع، ونتيجة هى الأثر القانونى المتولد عن دخول المقدمة الصغرى فى المقدمة الكبرى.

لهذا قلنا أن القاضى يبدأ نشاطه الذهنى بالبحث عن القاعدة القانونية المحتملة التطبيق على نزاع معين مطروح عليه. وفى هذه القاعدة يتولى تحديد وكشف عناصر التقدير الشخصى الكامنة فيها. هذه العناصر تولى المشرع تنظيمها من قبل بصورة عامة ومجردة.

بعد ذلك ينتقل القاضى لبحث هذه العناصر فى الواقع. فاذا وجدها، يصل الى النتيجة أو الأثر القانونى الواجب اعماله على النزاع.

المطلب الثانى

علاقة التقدير الشخصى بالقاعدة القانونية

٢٠٥- فى الأحوال التى يوجد فيها القاضى ازاء نص مكتوب أو قاعدة عرفية أومبدأ قانونى أو غير ذلك من أدوات الصياغة القانونية، فانه يقوم باستخلاص عناصر المعيار الشخصى من القاعدة القانونية. ويتضح ذلك بصورة جلية فى الأحوال التى يوجد فيها قاعدة مكتوبة أو قاعدة عرفية. ويقوم القاضى فى مثل هذه الأحوال باستخلاص المعيار الشخصى من فرض القاعدة.

فالمصلحة محل الحماية القانونية فى مثل هذه الحالات توجد خلف المعيار الذى يختاره المشرع.

المعيار الشخصى أو الذاتى يتصل اذا بالقاعدة القانونية باعتبار أن هذه الأخيرة تشكل المكان الأساسى الذى يعبر فيه المشرع عن المصلحة التى يريد حمايتها.

ولن نعود هنا الى شرح كيفية تكوين القاعدة القانونية، ولا تحديد العناصر المادية التى تكون جوهر القاعدة، فكل الذى يهمنا فى هذا المجال هو دراسة علاقة المعيار الذاتى أو الشخصى بالقاعدة القانونية وقد بينا ذلك.

وفى الحقيقة فان القاضى حينما يقوم باستخلاص هذا المعيار من القاعدة القانونية، فانه يأخذ فى اعتباره الفكرة الأولية التى كونها عن الوقائع المطروحة عليه. لأنه لن يستطيع - من الناحية المنطقية - أن يبحث عن القاعدة المحتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه الا اذا كان لديه على الأقل فكرة عامة عن هذا النزاع.

فالمجموع الواقعى المتنازع عليه يستخدم اذا كأساس للبحث عن القاعدة القانونية المحتملة التطبيق، وهذه الأخيرة تحتوى فى مفترضها على العناصر المكونة للمعيار الذاتى أو الشخصى، والقاضى يقع على عاتقه مهمة اكتشاف نطاق وحدود هذا المعيار. وذلك لكى يجرى التكييف القانونى، ومن ثم يعمل القانون فى الحالة محل البحث.

٢٠٦- اما فى الأحوال التى لا توجد فيها نص مكتوب أو قاعدة عرفية، وكان القاضى ملزما بالرجوع الى المبادئ العامة، أو المفاهيم العامة، فانه فى مثل هذه الحالات يجد القاضى نفسه ازاء مهمة التوصل الى تحديد المبدأ العام، أو المفهوم القانونى محل الاعتبار، وهذه مرحلة تقديرية أولى.

ثم بعد هذا التحديد يتولى البحث عن المصلحة التى يحميها القانون. فاذا كانت هذه المصلحة مصلحة خاصة، تعين عليه القيام ببحث عناصر المعيار الذاتى أو الشخصى فى ذات الاطار الذى يحتوى على المبدأ العام، أو المفهوم القانونى محل البحث.

وبالطبع فان بحث القاضى فى هذا النطاق يفترض أنه قد قام بتصور النزاع المطلوب حسمه وكون فكرة اجمالية عنه. هذه الفكرة تساعده بلا شك فى التوصل الى هذا المبدأ العام أو هذا المفهوم القانونى، كما تساعده أيضا فى التوصل الى تحديد المصلحة محل الحماية القانونية.

٢٠٧- واذا رجع القاضى الى مبادئ العدالة وقاعد القانون الطبيعى، فانه يخلق قاعدة قانونية لحسم حالة معينة، وقبل أن نستطرد فى شرح علاقة التقدير الشخصى بمبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى، يحسن بنا أن نعنى فكرة موجزة عن المقصود بالقانون الطبيعى فى هذا المجال، مع ملاحظة أنه قد سبقت لنا الاشارة الى فكرة العدالة فى العديد من المرات.

نشأت فكرة القانون الطبيعى لدى الاغريق فى العصور القديمة، وقد كان القانون عندهم مرتبطا بالدين ارتباطا وثيقا. وكان العدل عندهم يعتبر من

أهم المبادئ الأخلاقية والدينية، لذا كان ارتباط العدل بالقانون الطبيعى بارزا بصورة جلية(١). واعتبر أرسطو فكرة العدل هى أساس القانون الطبيعى، وفرق بين نوعين من العدل :

١- العدل التوزيعى :

وهذا النوع من العدل يترتب علاقات الزفراد فى المجتمع بالنسبة لتوزيع المغانم والأعباء، وبناء على ذلك فانه يتعين توزيع تلك المغانم والمكنات فى المجتمع على الأفراد وفقا لقدراتهم وملكاتهم.

ونتيجة ذلك تحقيق نوع من التناسب بين القدرات والملكات وبين ما يحصل عليه الفرد من المغانم.

ومعنى ذلك أن العدل لا يقتضى المساواة الحسابية بين الجميع، فالمتساوون يجب أن يعاملوا بطريقة متساوية، وغير المتساوين يجب أن يعاملوا بطريقة غير متساوية.

ومع ذلك فلم يحدد أرسطو المعايير التى يتم التوزيع وفقا لها واكتفى بالقول بأن المعيار لابد وأن يكون معقولا(٢).

٢- العدل التبادلى :

وهذا النوع من العدل يرتب العلاقات بين الأفراد فى نطاق المعاملات على أساس احداث التوازن فى نطاق تلك المعاملات.

ومفهوم ذلك أن يتساوى قدر الأداء الذى يقدمه فرد مع قدر الأداء الذى يحصل عليه، ومعنى ذلك هو تحقيق المساواة الحسابية بين الأفراد، ومع ذلك

---

(١) - M. Villey : Cours de l'histoire de la philosophie de droit. Paris 1962. p. 28.
- Du pasquier: introduction á la philosophie de droit. Paris, 1967, p. 220.

(٢) حمدى عبدالرحمن، فكرة القانون – ١٩٧٩، ص ٤٥.

فإن أرسطو يحد من جمود هذه المساواة الحسابية عن طريق ارادة الفرد الحرة وذلك فى نطاق العقد. فالفرد العاقل، حين يبرم عقدا، فانه يحقق بواسطته العدل لنفسه[1].

وأخيرا يشير أرسطو الى دور القاضى الذى يعتبره مصدرا لما يسميه بالعدل التصحيحى، أو العدل التعويضى، فهو يقوم بتصحيح الوضع بين الظالم والمظلوم سواء تم ذلك فى نطاق المعاملات الارادية، أو فى صدد الأحداث غير الارادية.

ويتطلب أرسطو من القاضى أن يكون منصفا، وهو يقتضى منه ألا يتمسك بحرفية القانون فى جميع الأحوال، بل عليه من ناحية أن يراعى الظروف المتنوعة من حالة الى أخرى، وأن يأخذ من ناحية أخرى بروح القانون، فقد لا يواجه القانون فرضا معينا مثل حالات النقص فى التشريع. وفى هذه الحالة على القاضى أن يحكم وفقا لمقتضى العدل فى شعور وضمير الجماعة.

٢٠٨- وعند الرومان عرف القانون الطبيعى بأنه قانون مطابق للعقل السليم، متفق مع الطبيعة، معلوم للجميع، ثابت على وجه الدوام.

ويعتبر القانون الطبيعى، وفقا لهذه المعانى، المعيار الأكثر شمولا للقواعد القانونية التى يتعين أن تسير عليها الجماعة، بحيث تنبثق منه المبادئ العامة والأساسية، مثل مبدأ حرية الانسان، ومبدأ المساواة بين البشر وغيره من المبادئ العامة[2].

---

(١) توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية - ١٩٦٠، ص ٩٥.
- حسين كيره، المدخل الى القانون ١٩٦٠، ص ٩٧.
- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ١٩٧٤، ص ١٣٠.
- سمير تناغو، فى الالتزام القضائى، رسالة بالفرنسية، باريس ١٩٦٤، ص ١٣٠.

(٢) صوفى أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، جـ ٢ - ١٩٧١، ص ٢٣٨ مشار اليه فى حمدى عبدالرحمن، ص ٤٩ هامش ١.

وفى القرون الوسطى اهتم فقهاء الكنيسة المسيحية بنظرية القانون الطبيى من خلال اهتمامهم بمشكلات العلاقة بين الكنيسة والدولة والقانون، وقد تمسك رجال الكنيسة بنظرية القانون الطبيعى لحل المشكلات المشار اليها، ولكنهم أسبغوا على النظرية طابعا دينيا، على أساس أن هذا القانون قد وضعه الخالق لعلاقات الناس منذ الأزل[1].

وفى منتصف القرن الثالث عشر قام القديس توما الأكوينى بالتمييز بين ثلاثة أنواع من القوانين هى :

١- القانون الالهى ويعبر عن ارادة الخالق، ويدرك بالوحى والشعور، كما يدرك عن طريق العقل البشرى.

٢- القانون الطبيعى، وهو انعكاس لبعض قواعد القانون الالهى، فهو يمثل ما يتم ادراكه عن هذا الأخير بواسطة العقل البشرى.

٣- القانون الوضعى، وهو يتضمن القواعد مع القانون الطبيعى أى أن تتفق مع ما يقتضيه العقل، بل ان القانون الوضعى يستمد شرعيته من تطابق قواعده مع القانون الطبيعى الخالد.

٢٠٩- وفى مرحلة الرأسمالية الحرة فى بدايه ظهورها فى القرن السادس عشر ظهر مفهوم جديد لفكرة القانون الطبيعى، فظهر أولا الطابع العقلى لهذه الفكرة مع تجريدها من الطابع الدينى. فالعقل هو مصدر القانون.

وظهر ثانيا الاتجاه الديمقراطى فى مدرسة القانون الطبيعى، بناء على فكرة العقد الاجتماعى. وبقيام الثورة الفرنسية فقد دعمت نظرية الحقوق الطبيعية ودفعت بها نحو بناء المذهب الفردى.

وظهر بعد ذلك نظرية القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير، وقوام هذه

(١) جون هرمان راندال: تكوين العقل الحديث، ترجمة جورج طعمة ١٩٦٥، جـ ١، ص٤٨٩، مشار اليه فى حمدى عبدالرحمن. ص ٣٦ هامش ١.

النظرية الجديدة أن هناك اطارا ثابتا للقانون الطبيعى يتمثل فى فكرة العدل الاجتماعى، وهذا الاطار ثابت فى الزمان والمكان. أما مضمون هذا الاطار فهو الذى يختلف من مكان الى مكان ومن زمان الى زمان(١).

وقد حاولت نظرية لاقانون الطبيعى ذو المضمون المتغير التوفيق بين الخلود والعموم من ناحية، وحقيقة التطور التاريخى من ناحية أخرى.

وعاد الفقه من جديد الى نظرية القانون الطبيعى التقليدية، بعد أن وجه الى النظرية الحديثة ذات المضمون المتغير العديد من أوجه النقد.

ومع ذلك فقد أدخل على فكرة القانون الطبيعى التقليدية العديد من التعديلات بحيث تنأى عن التطرف، وتحتفظ فى ذات الوقت بدورها كموَجه مثالى للمشرع.

وتفصيل ذلك هو أن القانون الطبيعى لا يضع قواعد وحلول تفصيلية لمشاكل العلاقات الاجتماعية، بل يكتفى بوضع مجموعة محددة من المبادئ العامة الأساسية، التى لا تتغير فى الزمان أو المكان، وتعد هذه المبادئ موجها مثاليا للمشرع. أما بالنسبة لتحديد تلك المبادئ ذاتها فانها تشمل مجموعة الأساسيات التى يقتضيها العدل وسلامة الذوق.

٢١٠- والملاحظ أن نظرية لاقانون الطبيعى، بحسب ما آلت اليه فى العصر الحاضر، تضع مجرد موجه مرن، هو أقرب الى دعوة المشرع الى الالتزام بحد أدنى من المثل العليا فى تنظيمه لشئون المجتمع، ولكنها لا تضع على عاتقه قيدا تفصيليا محددا.

وتدرج بعض التشريعات الحديثة على الاحالة الى قواعد القانون الطبيعى ليسترشد بها القاضى عند عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع.

---

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٠٤ والمراجع المشار اليها.
- حمدى عبدالرحمن، المرجع السابق، ص ٥٩ والمراجع المشار اليها.

كما أنه يجب على القاضى وهو يسترشد هذه المبادئ أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص.

وعلى ذلك تظل الاحالة على مبادئ القانون الطبيعى قائمة فى نطاق التوجيه المثالى العام[1].

وعلى ذلك فحينما يرجع القاضى الى مبادئ القانون الطبيعى، فانه يقضى على ضوء اجتهاده، وهو يقوم باستخلاص الملحة محل الحماية وفقا للتوجيهات المثالية التى يحتويها القانون الطبيعى.

فاذا ما اكتشف هذه المصلحة، وقدر أنها مصلحة خاصة، فانه ينزل الأثر القانونى الذى تقتضيه ذات فكرة القانون الطبيعى بالنسبة للحالة محل البحث.

٢١١- أما بالنسبة لعلاقة المعيار الذاتى بحكم القاعدة القانونية، فهى، فى رأينا، علاقة تنظيمية، فأثر القاعدة أو حكمها يصمم بالقدر اللازم لحماية المفترض الوارد به المصلحة المراد حمايتها.

وعلى ضوء التقدير الذى يصل القاضى الى الكشف عنه يكون من المحتم عليه اعمال الزثر القانونى الذى يستلزمه هذا التقدير.

وسلطة القاضى التقديرية فى هذا المجال قد نكون مجرد اختيار واحد من مجموعة آثار نص عليها لاقانون، أو اعمال أو عدم اعمال آثار معينة وفقا لسلطته التقديرية التى منحها له القانون.

وقد يقوم بابتداع الأثر القانونى وفقا لمقتضيات المصلحة التى يقوم هو بتقديرها، وفقا لقواعد القانون الطبيعى أو مبادئ العدالة.

وبهذا ينتهى الباب الأول من هذا البحث، وننتقل الآن الى دراسة تطبيقية لاعمال القاضى لسلطته التقديرية، وهذا ما نخصص له الباب الثانى من هذا البحث.

---

(١) حمدى عبدالرحمن، المرجع السابق، ص ٦٢.

الباب الثانى

دراسة تطبيقية لاعمال القاضى لسلطته التقديرية

٢١٢- بعد أن قمنا بدراسة مجردة لسلطة القاضى التقديرية، فعرفنا كيف نشأت هذه السلطة فى القانون الادارى، وكيف أنها لصيقة بعمل الادارة بحسب طبيعة هذا العمل الذاتية، وعرفنا معناها فى باقى فروع القانون وعلى الأخص فى نطاق القانون الاجرائى. فاننا قد قمنا بتحليل هذه السلطة التقديرية الى نوعين من التقدير القضائى، نوع يغلب فيه المصلحة العامة، وهذا هو التقدير القضائى الموضوعى.

ونوع تغلب وتسود فيه المصلحة الخاصة، وهذا هو التقدير القضائى الشخصى، وبعد أن عرفنا نوع التقدير فى الأحوال التى يفرض فيها المشرع على الشخص التزاما قانونيا، ونوع التقدير فى الأحوال التى يبغى فيها المشرع كفالة حماية قانونية معينة للشخص القانونى.

بعد كل هذا وغيره، تكون فكرة سلطة القاضى التقديرية واضحة أمامنا بصورة جلية. ولكن فى اعتقادنا فان هذا لا يكفى. لأننا لو وقفنا عند هذا البحث فقط، لكان بحثنا هو مجرد بحث نظرى، فلسفى، لا يخدم العمل كثيراً. وانما قيمة البحث تقاسص بفائدته العملية، وهذا أهم مظهر من مظاهر العلوم التطبيقية.

فلابد اذا من دراسة النطاق الذى تعمل فيه هذه السلطة التقديرية، ورأينا أنه من الأجدى دراسة هذه السلطة التقديرية من الناحية التطبيقية على محورين:

محور القانون المدنى، ومحور قانون المرافعات. واستبعدنا باقى فروع القانون، وليس فى ذلك تقصير من جانبنا، ذلك لأن طبيعة السلطة التقديرية واحدة. وذلك أيا كان المكان الذى تدرس فيه.

واختيارنا القانون المدنى مبعثه أنه هو القانون المنظم للروابط الموضوعية التى تحتاج الى حل قضائى فى حالة قيام منازعة بشأنها.

كذلك كان اختيارنا لقانون المرافعات، باعتباره القانون الاجرائى العام، الذى عن طريق أدواته الفنية يتم حل النزاع.

فالقانون المدنى اذا يمثل القانون الأم فيما يتعلق برابطة أصل الحق.

وقانون المرافعات يمثل الشريعة الأم فيما يتعلق بالرابطة الاجرائية.

وعلى ذلك ندرس السلطة التقديرية للقاضى فى المجال العلمى أوالتطبيقى فى الفصول التالية:

الفصل الأول: سلطة القاضى التقديرية فى نطاق القانون المدنى.

الفصل الثانى: سلطة القاضى التقديرية فى نطاق قانون المرافعات.

الفصل الثالث: رقابة محكمة النقض على سلطة القاضى التقديرية.

الفصل الأول

سلطة القاضى التقديرية

فى نطاق القانون المدنى

٢١٣- دراسة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق القانون المدنى تمثل الزاوية التى يقوم القاضى منها بتقدير الروابط القانونية الخاصة. دراسة هذه السلطة فى ذها النطاق تبين لنا بوضوح نشاط. القاضى فى اعمال القانون الموضوعى على الروابط المتنازع عليها.

ومن البديهى أن تعقب مظاهر السلطة التقديرية وكيفية اعمالها فى كافة مباحث القانون المدنى لهو أمر يحتاج الى فريق بحث. وعلى ذلك فنحن نختار من مباحث القانون المدنى موضوعين نراهما الأجدر بالدراسة لأنهما قوام القانون الخاص بأكمله.

هاتان المسألتان هما العقد والمسئولية المدنية.

وعلى ذلك فالدراسة التطبيقية لسلطة القاضى التقديرية فى نطاق القانون المدنى تقع فى المباحث التالية:

المبحث الأول: سلطة القاضى التقديرية فى نطاق العقد.

المبحث الثانى: سلطة القاضى التقديرية فى نطاق المسئولية المدنية.

المبحث الأول

سلطة القاضى التقديرية فى نطاق العقد

٢١٤- نبدأ بحث أعمال السلطة التقديرية للقاضى فى نطاق نظايات العقد. ونرى تقسيم الدراسة فى هذا المبحث الى المطالب التالية:

المطلب الأول: سلطة القاضى التقديرية بصدد انعقاد العقد.

المطلب الثانى: سلطة القاضى التقديرية بصدد صحة العقد.

المطلب الثالث: سلطة القاضى التقديرية بصدد انحلال العقد.

المطلب الرابع: سلطة القاضى التقديرية بصدد العوارض التى تلحق تنفيذ العقد.

المطلب الخامس: سلطة القاضى التقديرية بصدد نظرية التعسف فى استعمال الحق.

المطلب الأول

سلطة القاضى التقديرية

بصدد انعقاد العقد

٢١٥- تنص المادة ٨٩ من التقنين المدنى المصرى على أن: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد».

ويقوم القاضى بناء على المعطيات المادية المطروحة عليه بتقدير ما اذا كانت الارادة قد صدرت من صاحبها بنية احداث أثر قانونى معين أم لا. ويستعين القاضى فى ذلك بكثير من العناصر. ويكون التعبير صريحا اذا كان المظهر الذى اتخذه، أيا كانت صورته، مظهرا موضوعا فى ذاته للكشف عن الارادة حسب المألوف بين الناس.

ويكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا كان المظهر الذى اتخذه ليس فى ذاته موضوعا للكشف عن الارادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الارادة.

مثال ذلك الموعود بالبيع يتصرف فى العين الموعود بالبيع يتصرف فى العين الموعود ببيعها، فهذا دليل على أنه قبل الوعد بالبيع، ولذلك يتصرف فى العين.

والدائن يسلم سند الدين للمدين، فهذا دليل على أه أراد انهاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك.

وفى نطاق البحث عن الارادة ودورها فى احداث الآثار القانونية، فان سلطة القاضى التقديرية تضيق وتتسع، وتتراوح بين التقدير الموضوعى

والتقدير الشخصى بحسب النظرة التى يعتنقها القانون للارادة وما اذا كانت العبرة بالارادة الباطنة، أو بالارادة الظاهرة[1].

والدليل على اتساع سلطة القاضى التقديرية فى نطاق الأخذ بنظرية الارادة الباطنة يرجع الى ان هذه الأخيرة تبحث عن الارادة فيما تنطوى عليه النفس، أما مظهر التعبير عن الارادة فليس الا قرينه عليها تقبل اثبات العكس، فاذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الارادة النفسية. فالعبرة بهذه لا بذاك.

وعلى ذلك فاذا تعذر الوصول الى معرفة الارادة النفسية عن طريق الجزم. فما على القاضى الا أن يتعرفها عن طريق الافتراض. والمعيار فى التقدير هنا معيار ذاتى.

٢١٦- أما فى نطاق الارادة الظاهرة، فان الارادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر فى القانون، فهى شىء كامن فى النفس، والارادة التى تنتج أثرا هى الارادة فى مظهرها الاجتماعى.

ولا تأخذ الارادة هذا المظهر الا عند الافصاح عنها. والعبرة بهذا الافصاح اذ هو الشىء الذى يستطيع القانون أن يحيط به، وأن يرتب أحكامه دون حاجة الى فح النوايا والحالات النفسية.

والحكمة فى ذلك ترجع الى أن القانون هو ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية، والارادة الباطنة لا وجود لها الا فى العالم النفسى، فاذا أريد أن يكون لها وجود فى العالم الاجتماعى وجب أن تتجسم فى المظهر المادى لها.

وبناء على ذلك فعند تفسير العقد، اذا أخذ القاضى بمبدأ الارادة الظاهرة، فإنه لا يكون ملزما بأن يتحسس الارادة الداخلية فيما تحتفظ به نفس العاقد،

---

(١) أنور سلطان، مصادر اللتزام ١٩٦٨، ص ٦٠.
- سمير تناغو، نظرية الالتزام ١٩٧٤، ص ٧٠.
- السنهورى، الوجيز، ص ٥١.

بل هو يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الارادة، فيفسره تفسيرا اجتماعيا لا نفسيا مستندا فى ذلك الى العرف الجارى والى المألوف فى التعامل.

ويكون تقديره فى مثل هذه الحالات تقديرا موضوعيا[1].

أما اذا أخذ القاضى بمبدأ الارادة الباطنة فان التقدير الشخصى هو الذى سوف يسود. ويلاحظ من جهة أخرى أنه اذا أخذ القاضى بمبدأ الارادة الظاهرة، فان مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض مادام أن الفرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد، فيكون حكم ذلك هو حكم تفسير نص القانون.

٢١٧- والقاضى هو الذى يقدر متى ينتج التعبير أثره، والمادة ٩١ من القانون المدنى تنص على أنه: «ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك».

فالتعبير عن الارادة يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه، ولا يكون له وجود قانونى وينتج أثره الا عندما يصل الى علم من وجه اليه.

فوصول التعبير يعتبر اذا قرينة قانونية على العلم بما فيه، وهى قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس. وتقدير قيام أو عدم قيام هذه القرينة هو أمر موكول الى سلطة القاضى التقديرية[2].

٢١٨- وتظهر سلطة القاضى التقديرية بشكل جلى أيضا فى تحديد اللحظة التى يعتبر الايجاب قد صدر فيها. فقد يسبق الايجاب البات مفاوضات بين المتعاقدين، تطول أو تقصر، كما قد تدور هذه المفاوضات

(١) نقض مدنى ١٠/ ٤/ ١٩٥٨ مجموعة النقض، س ٩، ص ٣٥٩.
(٢) نقض مدنى ١٨/ ٤/ ١٩٦٣ مجموعة النقض، س ١٤، ص ٥٥٠.
- نقض مدنى ١٠/ ٤/ ١٩٥٨ مجموعة النقض، س ٩، ص ٣٥٩.

عن طريق الوسطاء، وقد يسبق الايجاب دعوة الى التعاقد. ويقع على القاضى عبء تقدير متى يكون الايجاب باتا، كما يقع على عاتق القاضى تقدير ما اذا كان العدول عن التعاقد يستوجب المسئولية أم لا. واذا خرج الايجاب من مرحلة المفاوضة، جاز أن يدخل فى مرحلة التعليق، مثال ذلك أن يعرض شخص عى الجمهور سلعة معينة ذات كمية محدودة يعين ثمنها، فيتم العقد مع من قبل أولا، وتراعى الأسبقية فى القبول حتى تنفذ السلعة، فالايجاب هنا ايجاب معلق على شرط هو عدم نفاذ السلعة عند القبول.

ويخرج الايجاب من جميع هذه المراحل ليصبح ايجابا باتا طبقا لارادة المتعاقدين ووفقا لظروف كل حالة، والقاضى هو الذى يقدر هذه المسائل وتقديره هنا يكون تقديرا موضوعيا.

وتقدير مدى مطابقة القبول للايجاب هو أمر متروك لسلطة القاضى التقديرية. والأصل أنه يجب أن يكون القبول مطابقا تماما للايجاب. أما اذا اختلف عن الايجاب بأن زاد عليه أو نقص فيه أو عدله. أعتبر هذا القبول رفضا يتضمن ايجابا جديدا.

ومع ذلك فلا يكفى أن يطابق القبول الايجاب فى المسائل الجوهرية فى العقد، بل يجب أيضا أن يطابقه فى جميع المسائل المتعاقد عليها.

وهذا لا يمنع من أن يترك المتعاقدان كثيرا من المسائل التفصيلية دون تدبر. وفى هذه الحالة اذا اشترط المتعاقدان أن هذه المسائل سوف تكون محلا للاتفاق فيما بعد، واشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فان العقد لا يتم الا اذا اتفقا على جميع هذه المسائل.

اما اذا لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فان القانون يفترض أن العقد قد تم على كل حال.

واذا قام خلاف بينهما على هذه المسائل فان القاضى يبت فى هذه المسائل التفصيلية المختلف عليها طبقا لطبيعمة المعاملة ولأحكام القانون

والعرف والعدالة. أى أن القاضى يستعمل سلطته التقديرية فى اكمال العقد أى أنه يساهم فى صنعه.

٢١٩- والقاضى يستعمل سلطته التقديرية فى تحديد متى يعتبر السكوت قد أحاطت به ظروف ملابسة تدل على أنه يشكل رضاءمكونا للقبول. فالسكوت لا يتصور أن يكون ايجابا. والسكوت فى ذاته مجردا عن أى ظرف ملابس له لا يكون تعبيرا عن الارادة ولو قبولا.

والظروف الملابسة للسكوت قد ترجع الى طبيعة المعاملة، أو العرف التجارى. أو وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، أو اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه وذلك كالهبة تعرض على الموهوب له فيسكت، فيعتبر سكوته قبولا.

والقاضى هو الذى يقوم باعمال سلطته التقديرية فى كشف هذه الظروف الملابسة والتى تجعل السكوت تعبيرا عن الارادة بالقبول[1].

ومن جهة أخرى فانه اذا تم العقد بطريق الاذعان. وكان قد تضمن شروطا تعسفية، فانه يجوز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة. وهذه القاعدة تضع فى يد القاضى سلطة تقديرية واسعة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه الشركات الاحتكارية.

فاذا كشف القاضى بحسب تقديره شرطا تعسفيا فى عقد اذعان فله ان يعدله بما يزيل أثر التعسف، بل له أن يلغيه، ولم يرسم المشرع له حدودا فى ذلك الا ما تقتضيه العدالة.

ومن هنا يتضح لنا مدى تأثير التقدير الذى يقوم به القاضى، على مبدأ

---

(١) نقض مدنى ٩/ ١/ ١٩٦٤ مجموعة النقض، س ١٣، ص ٦٨.
- استئناف مصر ٩/ ٦/ ١٩٣٢ المحاماة، س ١٣، ص ٢٨١.
- استئناف مصر ١٤/ ٢/ ١٩٣٥ المحاماة، س ١٥، ص ٣٧٢.

سلطان الارادة فى عقود الاذعان. والواقع أن سلطة القاضى التقديرية تقوم بمعالجة حالة الاذعان التى يوجد فيها الطرف المذعن فى مثل هذه العقود. وذلك عن طريق ما يملكه القاضى من أدوات تعالج آثار هذا الاذعان.

٢٢٠- ويشترط لانعقاد العقد بالاضافة الى وجود الرضا وصحته، أن يرد الالتزام الناشىء عن هذا الرضا لى محل، ومحل الالتزام هو الشىء الذى يلتزم المدين بالقيام به.

ويشترط فى محل الالتزام أن يكون موجودا اذا كان شيئا، أى محلا للالتزام بنقل حق عينى، أو ممكنا اذا كان عملا أو امتناعا عن عمل. كما يشترط فى المحل أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، ويجب أن يكون قابلا للتعامل فيه.

فما هو نطاق سلطة القاضى التقديرية ازاء محل الالتزام؟

فالقاضى مثلا هو الذى يقوم بتقدير ما اذا كان التعامل يرد على تركه مستقبله أم لا (مادة ١٣١ مدنى مصرى)، لأن التعامل فى تركه مستقبله باطل، فلا يصح حتى لو أجازه المورث.

فالقاضى هو الذى يقدر ما اذا كان التعامل قد وقع على مال لم ينظر فيه الى أنه يدخل ضمن أموال التركة، وبالتالى يكون صحيحا. وعلى ذلك لا يعتبر باطلا أن يبيع شخص كل ماله الحاضر، ولكن اذا تصرف الشخص فى كل ماله الحاضر والمستقبل الى وقت موته، عد هذا تعاملا فى تركه مستقبله.

والقاضى هو الذى يقدر الفرق بين أن يبيع الوارث ما لا معينا على أنه سيؤول اليه فى تركة مورثه، وهذا بيع باطل لأنه تعامل فى تركة مستقبله، وبين أن يبيع هذا المال على أنه ملكه فى الحال، وهذا بيع ملك الغير، وهو قابل للابطال[1].

---

(١) مصر الكلية ٣٠/ ١٠/ ١٩١٨ المجموعة الرسمية، س ٢١، رقم ٤٤.
- الاسكندرية الوطنية ١٨/ ٦/ ١٩٣٩ المحاماة س ١٠، ص ٩٩.
- نقض مدنى ١٤/ ٦/ ١٩٣٤ مجموعة عمر، جـ ١، ص ٤٤٩.

كذلك يقع على عاتق القاضى تقدير ما يعد تعاملا فى تركة مستقبلة، وما لا يعد كذلك، فى الأحوال التى يتفق فيها الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن فى أية وصية تصدر من المورث لأحدهم، أو لأجنبى، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة. كذلك يقع على عاتق القاضى تقدير الحالة التى يلتزم فيها أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة، أو قصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد.

٢٢١- وبصدد كون محل الالتزام ممكنا، فان ذلك يعنى تقدير أنه غير مستحيل، ويكون ذلك فى الأحوال التى ينصب فيها الالتزام على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. والقاعدة فى هذا الشأن أنه لا التزام بمستحيل.

ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة، وهى أن يكون الالتزام مستحيلا فى ذاته، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة الى الملتزم فحسب.

ومعنى ذلك أن يكون الالتزام مستحيلا على الرجل المعتاد فى الظروف الخارجية التى يوجد فيها المدين، فتقدر الاستحالة تقديرا موضوعيا بمعيار الرجل المعتاد، ولا تقدر تقديرا ذاتيا بمعيار شخصى أو ذاتى(١).

والعبرة فى الاستحالة - بوجه عام - هى باستحالة الوسيلة المؤدية الى النتيجة، وليس باستحالة النتيجة فى ذاتها. فكل النتائج يتصور التوصل اليها، حتى اعادة الموتى الى الحياة، ولكن الاستحالة فى مثل هذا الفرض ترجع الى عجز وسائل وأدوات العلم الحديث عن الوصول الى النتيجة المطلوبة. والقاضى هو الذى يتولى تقدير الاستحالة، ومدى نسبيتها أو اطلاقها(٢).

---

(١) السنهورى، الوجيز، جـ ١، ص ٥١/ سليمان مرقص. نظرية العقد، ص ١٣٦.
- نقض مدنى ٤/ ٦/ ١٩٤٦ مجموعة عمر، جـ ١، ص ١١٣٨/ نقض مدنى ١٤/ ٦/ ١٩٣٤ مجموعة عمر جـ ١، ص ٤٤٩.

(٢) - Hauser: objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Paris, 1971, p. 80.

٢٢٢- وبصدد فكرة النظام العام، فان القاضى يتصدى لتقدير مشروعية محل الالتزام. فهذا الأخير يجب أن يكون قابلا للتعامل فيه، وعلى ذلك فالشىء الذى لا يقبل التعامل فيه نظرا لطبيعته، أو نظرا للغرض الذى خصص من أجله، أو نظرا لعدم مشروعيته، لا يصح أن يكون محلا للالتزام.

ويهمنا فى هذا المقام ابراز دور السلطة التقديرية التى يملكها القاضى ازاء شرط مشروعية محل الالتزام.

تنص المادة ١٣٥ من القانون المدنى المصرى على أن: «اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا». ولن ندخل هنا فى دراسة خاصة لفكرة النظام العام، فليس هنا محل دراستها[١]، وانما الذى يعنينا هو تحديد دور سلطة القاضى التقديرية ازاء هذه الفكرة.

يرى جمهور الفقه المشار اليه أن لاقاضى يتولى بنفسه تقدير قيام أو عدم قيام فكرة النظام العام، كما أنه هو الذى يتولى تحديد مضمون هذه الفكرة. كما يرى هذا الفقه أن القاضى فى داخل هذا لانطاق يكاد يكون مشرعا فى هذه الدائرة المرنة، فهو مشرع يتقيد بآداب عصره ومصالح أمته.

وهناك فكرتان آساسيتان تسودان مسألة النظام العام والآداب. الأولى: هى فكرة المعيار الموضوعى، لأن المصلحة العامة والناموس الأدبى هما

---

(١) - Malaurie: l'ordre public et les bonnes moeurs. Travaux de l'as. de H. Capitant T. 1952. p. 648.

- Malaurie: l'ordre public et le contrat. thése, Paris, 1956, p. 60.
- M. Farjat: l'ordre public économique. Thése Dijon. 1963, p. 70.
- A. Mosallam: l'ordre public davant le juge Egyptien. Thése, le Caire, 1950, p. 29.

- فى جميع هذه المراجع توجد دراسات متكاملة لفكرة النظام العام.

معياران موضوعيان لا ذاتيان. وفكرة النسبية، هى الفكرة الثانية التى يقوم عليها تقدير مسألة النظام العام، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب الا فى أمة معينة، وفى عصر معين وجيل معين من هذه الأمة.

وكلا المعيارين معيار موضوعى لا معيار ذاتى، وبالتالى لا يجوز للقاضى أن يتخذ من النظام العام أو من الآداب نظرية فلسفية أو دينية يقيمها على رأيه الخاص فى المسائل الاجتماعية أو الفلسفية أو الأخلاقية أوالدينية. بل يجب عليه أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها، لا مذهبا فرديا خاصا يتمسك فيه بآرائه الشخصية.

وبناء على كل ذلك فالقاضى اذا وجد قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام، فانه يجب عليه أن يستخلص المعيار العام والجرد لهذه الفكرة، آخذا فى اعتباره ظروف الزمان والمكان والعصر، والأخلاق السائدة. ثم يتجه الى مجموع الوقائع المطروحة عليه ليستخلص منها قيام ذات هذا المعيار العام الموضوعى، الذى لا يأخذ فى اعتباره أيا من العناصر الشخصية الداخلية اللصيقة بشخص الفرد محل الاعتبار. كل هذا بهدف انزال حكم القانون على الحالة حل البحث(١).

٢٢٣- ولسلطة القاضى التقديرية أثر أو دور لا يمكن انكاره فى نطاق سبب العقد، ويمكن تعريف السبب بوجه عام بأنه الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه. وقد تقلبت فكرة السبب فى نطاق القانون المدنى بين نظريتين :

---

(١) نقض مدنى ٢١/ ٣/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٥٣١.
- نقض مدنى ٢١/ ٤/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٦٦٢.
- نقض مدنى ١٦/ ٤/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٦٤٦.
- نقض مدنى ١٧/ ٥/ ١٩٧٢ مجموعة النقض، س ٢٣، ص ٩٤٩.
- نقض مدنى ١٥/ ٣/ ١٩٧٣ مجموعة النقض، س ٢٤، ص ٤٢٥.
- نقض مدنى ١٩/ ١/ ١٩٧٤ مجموعة النقض، س ٢٥، ص ١٩١.

الأولى: وهى النظرية التقليدية ويقصد بالسبب فيها السبب القصدى، أى الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه، فيختلف عن السبب الدافع فى أنه هو أول نتيجة يصل اليها الملتزم.

أما السبب الدافع فغرض غير مباشر يتحقق بعد أن يتحقق السبب القصدى.

والسبب القصدى يسهل الكشف عنه، فهو شىء داخل فى العقد يستخلص حتما من عبارات العقد، وهو شىء موضوعى، لا تؤثر فيه نوايا الملتزم، وهو غير متغير فيبقى واحدا فى نوع واحد من العقود، ولا يتغير بتغير الدوافع.

وعلى ذلك فتقدير السبب فى نطاق هذه النظرية يتم بطريقة موضوعية، ولا يعتد القاضى بشأنه بأى ظرف داخلى لطيق بشخص المتعاقد.

الثانية: وهى النظرية الحديثة فى السبب، والتى ترى أن هذا الأخير هو الباعث الدافع الى التعاقد. ويقصد بذلك أن سبب العقد هو الباعث الدافع الموجه للملتزم فى أن يلتزم. وما دامت الارادة قد أصبحت حرة تنشىء من الالتزامات، وما دامت لابد لها من باعث يدفعها، فلا أقل من أن يكون هذا الباعث مشروعا.

وهذا السبب يقدر بمعيار ذاتى أو شخصى، وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد الى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث. وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير، كان من الواجب أن ينضبط حتى لا يكون مثارا للزعزعة فى التعامل.

هذا الانضباط يقوم به القاضى بواسطة عملية التقدير لهذا السبب، فاذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين الى التعاقد غير مشروع، كان لابد أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الباعث، وذلك حتى لا يفاجأ ببطلان العقد دون أن

يعلم عن عدم مشروعية الباعث شيئا. وهذا لا يتأتى الا ببحث كافة العناصر الشخصية الذاتية اللصيقة بأشخاص العقد[1].

والقاضى يبحث عن موقف المتعاقد الآخر بالنسبة الى الباعث غير المشروع الذى دفع المتعاقد الأول الى التعاقد.

والمتعاقد الآخر اما أن يكون غير عالم بالباعث غير المشروع. واما أن يكون عالما به غير مساهم فيه، أو يكون مساهما فيه دون أن يتفق عليه، أويكون أخيرا متفقا عليه مع المتعاقد الأول.

والجمهور مستقر على الاكتفاء بمرتبة العلم، فيعتد بالباعث ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث، ولا شك أن الاكتفاء بعلم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع الذى دفع الى التعاقد لابطال العقد هو أدعى الى استقرار التعامل سواء كان التصرف معاوضة، أو تبرعا.

هذه هى بعض الحالات التى يستعمل القاضى فيها سلطته التقديرية فى مجال العقد وبالذات فى مرحلة انعقاده. وننتقل الآن الى دراسة سلطة القاضى التقديرية فى مجال صحة العقد وبالذات فى نطاق عيوب الرضا.

المطلب الثاني

سلطة القاضي التقديرية

فى نطاق صحة العقد

٢٢٤- سبق لنا بمناسبة الدراسة التى أنجزت فى البا الأول من هذا البحث، معالجة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق الغلط والاكراه بمناسبة الامثلة التى ضربناها آنذاك.

---

(١) - H. Capitant: de la cause des obligations. p. 70.

- نقض مدنى ٧/ ١/ ١٩٦٠ مجموعة النقض، س ١١، ص ٣٤.

وعلى ذلك، وحتى لا يكون هناك تكرار غير مفيد، فاننا نعالج سلطة القاضى التقديرية داخل نطاقات أخرى غير هذين العيبين من عيوب الرضا.

من المعروف أن التدليس هو عبارة عن ايقاع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد. وللتدليس نصران، عنصر مادى وهو الطرق الاحتيالية التى تستعمل، وعنصر نفسى وهو أن تكون هذه الطرق الاحتيالية هى التى دفعت الى التعاقد.

والطرق المادية فى التدليس لا تقتصر عادة على مجرد الكذب، بل كثيرا ما يصحب الكذب أعمال مادية لاخفاء الحقيقة.

وهذه الأعمال المادية يجب أن تكون كافية للتضليل بحسب حَالة المتعاقد. ويقوم القاضى فى هذا المجال بتقدير ذلك تقديرا ذاتيا أو شخصيا، يأخذ فى اعتباره كافة العناصر اللصيقة بشخص المتعاقد.

وفى هذا المعنى حكم بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد قررت أن التدليس يجب أن يكون وليد اجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها لاتغرير بالعاقد، بحيث يشوب ارادته، ولا يجعله قادرا على الحكم على الأمور حكما سليما، ثم ذكرت الوقائع، وأنزلت حكم القانون عليها وانتهت الى أن هذا الادعاء على فرض صحته تنقصه الأركان اللازم توافرها لقيام الغش قانونا، وأنه ليس من شأنه التغرير بالعاقد، فان الحكم يكون صحيحا لا مخالفة فيه للقانون[1].

٢٢٥- وفيما يتعلق بالجانب المعنوى أو النفسى فى التدليس، فيقصد به نية التضليل لدى العاقد للوصول الى غرض غير مشروع. فاذا انعدمت هذه النية لم يكن هناك تدليس. وقد توجد نية التضليل ولكن يكون قصد المتعاقد منصرف الى التوصل الى غرض مشروع.

---

(١) نقض مدنى ٥/ ٤/ ١٩٥١ مجموعة النقض، س ٢، ص ٧١٥.
- نقض مدنى ١٠/ ٢/ ١٩٦٤ مجموعة النقض س ١٥، ص ٢٦٣.

مثال ذلك الحالة التى يستعمل فيها المودع طرق احتيالية للحصول على اقرار بالوديعة من المودع عنده بعد أن تبين أنه شخص غير أمين.

ومن جهة أخرى، فان القاضى يقوم بتقدير العنصر لانفسى فى التدليس تقديرا ذاتيا أو شخصيا، فهو يقدر على ضوء هذا المعيار متى تكون الطرق الاحتيالية هى التى دفعت الى التعاقد.

وقد حكم فى هذا الصدد بأن تقدير التدليس وأثره فى نفس العاقد المخدوع، وما اذا كان هو الدافع الى التعاقد، من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع[1].

كما حكم بأن استخلاص عناصر التدليس الذى يجيز ابطال العقد من واقع الدعوى، وتقدير ثبوته أو عدم ثبوته هو من المسائل التى تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض ما دام قضاؤها مقاما على أسباب سائغة[2].

٢٢٦- وفيما يتعلق بالاستغلال فان القاضى يتمتع بسلة تقديرية غير منكورة. ويقصد بالاستغلال عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه.

ويتكون الاستغلال من عنصرين: عنصر مادى أو موضوعى وهو اختلال التعادل بين الالتزامات اختلالا فادحا. وعنصر نفسى وهو استغلال ضعف فى نفس المتعاقد. وتنص المادة ١٢٩ من القانون المدنى المصرى على العنصر الموضوعى فى الاستغلال بقولها: «اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر».

والعبرة فى تقدير القاضى لاختلال الالتزامات هى بالقيمة الشخصية بالنسبة الى المتعاقد. ولعى ذلك فالفداحة فى اختلال الالتزامات معيارها

(١) نقض مدنى ٨/ ٢/ ١٩٧٢ مجموعة النقض، س ٢٣، ص ١٣٨.

(٢) نقض مدنى ١٣/ ٣/ ١٩٧٣ مجموعة النقض، س ٢٤، ص ٣٩٦.

مادى أو موضوعى مع الأخذ فى الاعتبار الظروف النفسية للمتعاقد. أى أن المعيار هنا معيار مختلط موضوعى وشخصى فى آن واحد.

أما العنصر النفسى للاستغلال فقد أوردته المادة ١٢٩ من القانون المدنى أيضا اذ نصت على أن : « ... ويتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا.

وعلى ذلك فالقاضى بناء على هذا النص يقوم بأعمال التقدير الذاتى أوالشخصى، ويبحث فى مدى قيام أحد المتعاقدين باستغلال طيش الآخر أوالهوى الجامح المتواجد لدى هذا الأخير.

وبحث القاضى ينصب على العناصر النفسية والشخصية لدى العَاقد المغبون، فهى عناصر داخلية لصيقة بذات هذا العاقد. يقوم القاضى باكتشافها على ضوء المعيار الذاتى الوارد بالمادة ١٢٩ من القانون المدنى.

ونتيجة بحث القاضى فى هذا المجال تصل بالضرورة الى أن ارادة الطرف المستغل هى ارادة غير مشروعة لأن الباعث الدافع الى التعاقد بالنسبة له غير مشروع. وأن ارادة الطرف المستغل هى ارادة معيبة نظرا لتأثرها بما تكنه جوانحه من طيش بين، وهوى جامح[1].

٢٢٧- وقد حكم فى هذا الصدد ببطلان عقد البيع بناء على فساد الرضاء الصادر من البائع لكونه متقدما فى السن ومصابا بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف ارادته فيصير سهل الانقياد، خصوصا لأولاده المقيمين معه الذين صدر لهم العقد، وأنه لا سبيل الى الجدل فى ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير المحكمة للموضوع[2].

وحكم بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى

---

(١) توفيق فرج، نظرية الاستغلال فى القانون المدنى، رسالة الاسكندرية ١٩٥٧، ص ٨٠.
- السنهورى، الوجيز، ص ١٤٢.

(٢) نقض مدنى ٢/ ١/ ١٩١ مجموعة عمر جـ ٣، ص ٢٩٦.

وظروفـهـا أن السند المطالب بقـيـمـتـه صـدر من المورث بمحض ارادته واخـتـيـاره، ولم يؤخـذ منه بالأسـتـهـواء أو بالتسلط على الارادة، وكـان هذا الاستـخلاص سائغـا، فلا تدخل لمحكمـة النقض لأن ذلك من سلطـة قاضى الموضوعى[١].

وفى قضية زخرى كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تتزوج من آخر، فاستغل الزوج هذه الظروف وحصل من زوجته على مال وسندات ثم طلقها، ولما طعنت الزوجة فى هذا التصرف قضت المحكمة بأن ما أعطته الزوجـة لزوجـهـا يعـتـبـر بدل خلع، ولكن الزوجـة كـانت فى حـالـة اضطرار تستوجب تخفيض هذا الالتزامات الى الحد المناسب[٢]، وقد نقضت المحكمة العليا هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع فى الشريعة الاسلامـيـة يجب أن يكون مقترنا بصيغة الطلاق[٣].

٢٢٨- ويتمتع القاضى بسلطة تقديرية فى اعمال الجزاء المترتب على قيام الاستغلال، وسلطة القاضى هنا هى سلطة تقديرية بالمعنى العام، فلا هى سلطة مـقـيـدة، ولا هى سلطة طليـقـة، والاخـتـيـار الممنوح للقـاضى منصـوص عليـه بواسطة القـانون. واذا كـانت السلطة التـقـديرية تمارس فى نطاق الواقع وفى نطاق فرض القاعدة القانونية كما سبق الشرح فى الباب الأول. فهى هنا وفى نطاق اعمال أثر لاقاعدة القانونية تقتصر على الاختيار بين الآثار القـانونية التى نظمتـهـا القـاعـدة محل الاعـتـبـار فنتيـجـة التـقـدير القضائى هى دالـة اختيار الأثر القانونى الذى يرى القـاضى مـلاءمـة انزاله على واقع النزاع.

تنص المادة ١٢٩ من القانون المدنى على أنه: «يجوز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد».

(١) نقض مدنى ٢٩/ ٤/ ١٩٤٣ مجموعة عمر، جـ ٤، ص ١٥٢.
(٢) استئناف مصر ١٢/ ١/ ١٩٣٦ المحاماة، س ١٦، ص ٧٢٣.
(٣) نقض مدنى ٢٨/ ١/ ١٩٣٧ مجموعة عمر، جـ ٢، ص ١٧٨.

وعلى ذلك فاذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الابطال، فان القاضى له اذا رأى أن هذا المتعاقد لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال أجابه الى طلبه فيبطل العقد. وان رأى أن الاستغلال لم يفسد الرضاء الى هذا الحد وأن المتعاقد المغبون دون استغلال كان يبرم العقد بشروط أقل بهظا رفض ابطال العقد، واقتصر على انقاص الالتزامات الباهظة.

وتظهر هنا سلطة القاضى التقديرية فى نطاق أثر القاعدة القانونية. فبعد أن ينتهى القاضى من أعمال المعيار لاذاتى، ويل الى قيام الاستغلال فى الواقع المطروح عليه وفقا لما هو وارد بالقاعدة القانونية. يقوم بالاختيار بين عدة آثار قانونية قابلة للانزال على واقع الدعوى. وهو فى اختياره يعتمد لعى فكرة الملاءمة فى اعمال الجزاء وفقا لتقديره القضائى.

وهو فى كل ذلك يتقيد بمبدأ الطلب القضائى الذى يعتبر الاطار العام لسلطته التقديرية كما سوف نرى فى الفصل الثانى من هذا الباب. واختياره بين ابطال العقد وانقاص الالتزامات يبنى على أساس أن طلب الابطال يتضمن فى جذوره طلب الانقاص. لأن المدعى اذ يطلب أبطال العقد نظرا لاختلال الالتزامات، فان هذا البطلان لا يكون له محل اذا اقتصر القاضى على تعديل الالتزامات بحيث تكون متوازنة أو متقاربة مع بقاء العقد قائما.

وعلى ذلك، فاذا صح للقاضى أن يحكم بالانقاص ولو طلب المتعاقد المغبون الابطال، فان لا يصح له أن يحكم بالابطال اذا طلب المتعاقد المغبون الانقاص، والا أعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب.

وتظهر سلطة القاضى التقديرية أيضا فى الأحوال التى ترفع فيها دعوى الابطال ويعرض الطرف المستغل أن يتوقاها فى عقود المعاوضات، اذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن.

ومقدار هذه الزيادة يرجع فيها الى تقدير قاضى الموضوع. ولا يشترط أن تكون هذه الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشىء بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل الى حد الغبن الفاحش.

وكل هذا يعتمد على تقدير القاضى لملاءمة الحل الذى يرى انزاله لعى وقائع النزاع.

هذه هى بعض المظاهر التى يمارس القاضى فيها سلطته التقديرية بصدد صحة العقد، وقد قصرناها على بعض العيوب التى تشوب الرضا.

ولا شك أن هناك العديد من المناطق الأخرى التى توجد بها عيوب تؤثر لعى صحة العقد، سواء تعلق الأمر بأركان انعقاده أو بشروط صحته، وفيها تظهر بصورة جلية سلطة القاضى التقديرية فى نطاق الواقع والقانون.

وننتقل الآن الى دراسة سلطة القاضى التقديرية فى مجال انحلال العقد.

المطلب الثالث

سلطة القاضي التقديرية

في مجال انحلال العقد

٢٢٩- نعالج فى هذا النطاق زوال العقد بعد أن تم انعقاده صحيحا. ونقتصر فى هذا المجال على دراسة فسخ العقد، وهو الجزاء المترتب لعى عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته، كما نشير أيضا بايجاز الى الدفع بعدم التنفيذ الذى وان كان لا يؤدى الى انحلال العقد، فهو يؤدى الى وقف تنفيذه مؤقتا كما سنرى. والذى يهمنا من هذه الدراسة هو بيان سلطة القاضى التقديرية فى هذا المجال.

وانحلا العقد غير ابطاله، كلاهما زوال للعقد، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحا ثم ينحل بأثر رجعى أو دون أثر رجعى. أما الابطال فيرد على عقد ولد غير صحيح، ثم يبطل بأثر رجعلى فى جميع الأحوال.

والفسخ يجد نطاقه فى العقود الملزمة للجانبين اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضى فسخ العقد.

ويشترط لفسخ العقد بحكم القضاء ضمن ما يشترط لذلك من شروط ألا

يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. والقاضى هو الذى يتولى تحديد وتقدير الأسباب التى أدت الى عدم تنفيذ اللتزام. فاذا كان عدم التنفيذ راجعا الى استحالته بسبب أجنبى فالقاضى يتولى تقدير ذلك، فاذا ثبت لديه قيام السبب الأجنبى فان الالتزام ينقضى وينفسخ العقد بحكم القانون. ويعتبر الحكم الصادر بالفسخ فى مثل هذه الحالة حكما كاشفا أو حكما مقررا.

وعلى ذلك فلكى يكون هناك فسخ بحكم القضاء يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعا الى غير سبب أجنبى والقاضى هو الذى يتولى تقدير ذلك تقديرا موضوعيا.

بمعنى أن القاضى هو الذى يتولى تقدير أن التنفيذ العينى أصبح مستحيلا بفعل المدين، أو لا يزال ممكنا ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ. كما أن القاضى هو الذى يتولى تقدير أن لادائن طالب الفسخ مستعدا للقيام بتنفيذ التزامه. وذلك حتى يكون على حق فى طلب الفسخ.

وكذلك يقوم القاضى بتقدير مدى استعداد الدائن لرد ما أخذه. ذلك لأن الفسخ من شأنه أن يعيد الشىء الى أصله.

وعلى ذلك فاذا كان لادائن طالب الفسخ قد تسلم شيئا بموجب العقد وباعه لآخر، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبه بالفسخ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشىء من يد المشترى ليرده الى من تعاقد معه، اذ فى هذا اخلال بالتزامه بالضمان.

٢٣٠- ويتضح من نص المادة ١٥٧ من القانون المدنى المصرى مدى السلطة التقديرية المخولة للقاضى فى حالة الفسخ القضائى.

تنص هذه المادة فى فقرتها الثانية على أنه: «ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته».

ومعنى ذلك أن الدائن اذا رفع دعوى مطالبا بالفسخ فان اجابته الى

طلبه لا تكون حتمية. فالقاضى قد يحكم بالفسخ اذ رأى أن الظروف تبرر ذلك[1]. وقد يحكم بالفسخ ويعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزاماته[2].

وقد يصل تقدير القاضى الى أن المدين تعمد عدم التنفيذ أو اهماله فى ذلك اهمالا واضحا رغما من اعذار الدائن له قبل رفع الدعوى، وهنا يقضى القاضى بالفسخ اعمالا للشرط الفاسخ الضمنى القائم بالعقد.

وقد يفضل القاضى وفقا لتقديره الابقاء على العقد اذا كان ما لم ويوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته.

٢٣١- وقد حكم بناء على ذلك بأنه يتعين لاجابة طلب الفسخ أن يظل الطرفق الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه الى ما قبل صدوره، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية اذ لا محل لتقدير لانية الا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام[3].

فتعنت المدين يقدره القاضى تقديرا موضوعيا أخذا بمعيار الرجل العادى، سواء كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية. أما مسألة حسن النية فلا ينظر اليها الا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى التنفيذ[4].

ومن جهة أخرى حكم بأن تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها، ونفى التقصير عن طالب الفسخ أو اثباته هو من شأن محكمة الموضوع، قد أقامت الواقعة التى استخلصتها عل ما يقيمها، فانها لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة للخصم، وترد عليها استقلالا، لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها[5].

---

(١) نقض مدنى ٤/ ٤/ ١٩٥٧ مجموعة النقض، س ٨، ص ٣٥٣.

(٢) نقض مدنى ٢٣/ ٥/ ١٩٥٧ مجموعة النقض، س ٨، ص ٥١٠.

(٣) نقض مدنى ١٢/ ٣/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٤٢٥.

(٤) السنهورى، الوجيز، جـ ١، ص ٢٧٤/ عبدالمنعم البدراوى، مصادر الالتزام. ط ١٩٨٣، ص ٢٧٠.

(٥) نقض مدنى ١٧/ ٣/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٤٥٠.

ومعنى ذلك أن كل شرط من الشروط الواجب توارفها لاعمال الفسخ القضائى يخض لتقدير القاضى، فهو يقدر النموذج الوارد بالقاعدة القانونية، ويقدر مدى توافر عناصر هذا النموذج فى الواقع المطروح عليه، ويعمل فى ذلك المعيار الموضوعى السابق شرحه[1].

٢٣٢- وقد يبدو لأول وهلة أن الاتفاق على فسخ العقد يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى هذا المجال. بحيث اذا طرح عليه عقد مطلوب فسخ اعمالا لاتفاق الطرفين، فانه لا يملك الا الحكم بالفسخ نزولا على ارادة الأطراف، أى أن سلطته تكون مقيدة بذات هذه الارادة. ولكن ذلك غير صحيح على اطلاقه.

فالواقع أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا يتوقف لعى نية المتعاقدين، فقد يكونان أرادا به تحتيم الفسخ اذا أخل المدين بالتزامه. هنا يتحتم على القاضى فى هذه الحالة أن يحكم بالفسخ. ومع ذلك فانه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو.

والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بهذا الشرط الا ترديد القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. وعلى ذلك لا يغنى الشرط عن الاعذار. ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ.

وهذا الشرط لا يسلب القاضى سلطته التقديرية. فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه، بل هو لا يسلب حقه فى توقى الفسخ بتنفيذ الالتزام.

وقد حكم اثباتا لذلك، بأنه ولئن كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تنبيه أو انذار عند الاخلال بالالتزامات الناشئة عنه، من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطته التقديرية فى صدد

(١) راجع الباب الأول من هذا البحث.

الفسخ، الا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب اعماله[1].

وعند قيام المحكمة بالتحقق من توافر شروط الفسخ الاتفاقى فانها تقوم بالتقدير لاقضائى لهذه الشروط، لأن ذلك هو جوهر وظيفتها.

وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض: ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون اعماله، فان تبين له أن الدائن قد أسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع ارادة فاسخ العقد، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه، تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى، فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى طبقا لنص المادة ١٥٧ مدنى[2].

ومن هذا الحكم يتضح قيام وفعالية سلطة القاضى التقديرية حتى فى الأحوال التى يوجد فيها شرط فاسخ صريح، فوجود هذا الشرط لا يسلب القاضى سلطته فى التقدير.

والقول بعكس ذلك يودى الى نتائج غير منطقية، كأن يؤدى الى الحكم بالفسخ حين أن طالب الفسخ يكون غير موسس فى طلبه هذا، كأن يكون قد تنازل عن الفسخ، أو قبل الوفاء، أو كان المدين ممتنعا عن التنفيذ لوجود سبب مشروع الى غير ذلك من الأسباب.

وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض أيضا بأنه لا يعتبر عقد البيع مفسوخا لعدم قيام المشترى بدفع لاثمن فى الميعاد، الا اذا اتفق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاد نفسه دون اعذار. أما اذا كان اتفاقهما مجرد ترديد

---

(١) نقض مدنى ٢٦/ ١١/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢٢، ٣ ٤٠١.
(٢) نقض مدنى ٢٦/ ١١/ ١٩٧٠ مشار اليه سابقا.

للشرط الفاسخ الضمنى، فلا يترتب على تخلف المشترى عن تنفيذ التزاماته انفساخ العقد حتما(1).

وهذا دليل اضافى لقيام وفعالية سلطة القاضى التقديرية فى نطاق الاتفاق على الفسخ.

٢٣٣- وحتى فى أحوال انفساخ العقد بحكم القانون، فان سلطة القاضى تكون قائمة وفعالة فى هذا لانطاق، كما يلى.

تنص المادة ١٥ مدنى على أن: «فى العقود الملزمة للجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه».

وتنص المادة ٣٧٣ منذات لاقانون على ان الالتزام لا ينقض بسبب استحالة تنفيذه الا اذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه».

وتنص المادة ٢١٥ من ذات القانون لعى أنه اذا استحال على المدين فى العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه.

وفى نطاق هذه المواد فانه يقع على عاتق لاقاضى تحديد استحالة التنفيذ التى يترتب عليها انفساخ العقد، كما زنه هو الذى يقدر علم امكانية المدين اثبات قيام السبب الأجنبى الذى حال دون تنفيذ الالتزام. والقاضى هو الذى يقدر مفهوم السبب الاجنبى وأثره فى استحالة تنفيذ الالتزام.

---

(1) نقض مدنى ١٢/ ١/ ١٩٥٠ مجموعة النقض، س ١، ص ١٧٧/ نقض مدنى ١٧/ ١/ ١٩٤٦ مجموعة عمر، س ٥، ض ٥٨/ نقض مدنى ١/ ٥/ ١٩٥٢ مجموعة النقض، س ٣، ص ٩٨٨/ نقض مدنى ١٣/ ١٢/ ١٩٥٦ مجموعة النقض، س ٧، ص ٩٧٥/ نقض مدنى ١٥/ ١٢/ ١٩٣٨ مجموعة عمر، جـ ٢، ص ٤٤٢.

٢٣٤- تنص المادة ١٦١ من القانون المدنى المصرى على أن: «فى العقود الملزمة للجانبين، اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

الدفع بعدم التنفيذ، كالفسخ محصور فى العقود الملزمة للجانبين، والحق فى الحبس أوسع نطاقا من الدفع بعدم التنفيذ. اذ الحق فى الحبس يفترض شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به دون أن يتولدا حتما من عقد ملزم للجانبين. فيكون هذا الارتباط أساسا للحق فى الحبس. وعلى ذلك فبما أن الحق فى الحبس يتمتع بهذا العموم، فانه يتسع ليدخل فى نطاقه الدفع بعدم التنفيذ. وعلى ذلك فهذا الدفع يعتبر فرعا عن الحق فى الحبس.

فحيث يطبق الحبس فى نطاق العقد الملزم للجانبين، كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ، فاذا خرج عن هذا النطاق عاد حقا فى الحبس لا دفعا بعدم التنفيذ.

وفيما يتعلق بابراز سلطة لاقاضى لاتقديرية فى هذا المجال، فاننا نلاحظ أنه يقع على القاضى تقدير الشروط الواجب توافرها لاعطاء الفعالية للدفع بعدم التنفيذ. والقاضى هو الذى يقدر مدى امكانية اقرار المتمسك بالدفع على دفعه، وهذا لا يمنعه من امكانية الحكم، على المتمسك بالدفع، بالتنفيذ ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه فى الوقت ذاته.

وحتى حينما يتخذ الدفع بعدم التنفيذ صورة اشكال فى التنفيذ الجبرى. فان قاضى التنفيذ يتولى تقدير كل العناصر الخاصة بهذا الدفع باعتباره اشكالا موضوعيا فى التنفيذ[1].

(١) نبيل عمر، اشكالات التنفيذ الجبرى، منشأة المعارف ١٩٨٢.
- نبيل عمر، التنفيذ القضائى واجراءاته، منشأة المعارف ١٩٨٠.

والقاضى هو الذى يتولى تقدير اساءة استعمال الدفع بعدم التنفيذ. وعلى ذلك فلا يجوز لمتعاقد أن يتمسك بالدفع اذا كان هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه، أو اذا تسبب فى عدم تنفيذ الالتزام الآخر[1].

كذلك لا يجوز التمسك بالدفع اذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق الا جزءا يسيرا لا يبرر امتناع المتعاقد الاول عن القيام بالتزامه. والقاضى هو الذى يقدر فى مثل هذه الأحوال امكانية أن يبقى دون تنفيذ جزءا من التزاماته يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض ان الالتزام الاول قابل للتجزئة.

ومن جهة أخرى يتولى القاضى تقدير مدى التعنت الذى يوجدَ فى جانب المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ. ومثلا ذلك أنه قد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ، ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الآخر بالتنفيذ.

فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه. واذا تبين القاضى أن أحد المتعاقدين متعنت، فان كان هو المدعى رفض دعواه، وان كان هو المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط.

أما اذا كان كل من المتعاقدين متعنتا، أو ظهر ألا أحد منهما متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر، ولم يلجأ أحد لاجراءات العرض الحقيقى، لم يبقى للخلاص من هذا الموقف الا أن يحكم القاضى بأن يودع كلا من المتعاقدين ما التزم به فى خزانة المحكمة أو تحت يد شخص الث، وفى هذا ما يجعلهما ينفذان التزاميهما فى وقت واحد.

وفى كل هذه المسائل يمارس القاضى سلطة تقديرية غير منكورة، وننتقل الآن الى معالجة عوارض تنفيذ العقد فى المطلب التالى.

---

(١) نقض مدنى ٤/ ١٢/ ١٩٥٨ مجموعة النقض، س ٩، ص ٧٠٣.

المطلب الرابع

سلطة القاضى التقديرية

فى نطاق عوارض تنفيذ العقد

٢٣٥- بعد أن ينتهى القاضى من تفسير العقد وذلك فى الأحوال التى تثور فيها منازعة متعلقة بهذا التفسير، فانه ينتقل الى تحديد نطاق الالتزامات المتولدة عن هذا العقد.

هذا التحديد لنطاق العقد يجعل عملية تنفيذه فى غالب الأحوال خالية من المنازعات. وتنص المادة ١٤٨ من القانون المدنى على أن: «ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكنه يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام».

وعلى ذلك فاعمالا لسلطة القاضى التقديرية يقوم هذا الأخير باضافة شىء جديد لا تتناوله الارادة المشتركة للمتعاقدين، وهذا الشىء الجديد هو ما يستلزمه العقد.

هذه الاضافة لا يخلقها القاضى من فراغ، وانما وضعت المادة ١٤٨ مدنى الموجهات العامة التى يستند اليها القاضى فى اعمال سلطته التقديرية. ومن هذه الموجهات طبيعة الالتزام.

ووفقا لطبيعة الالتزام يقوم القاضى وفقا لسلطته التقديرية باستكمال نطاق العقد، فعقد العمل مثلا من طبيعته الزام رب العمل بضمان سلامة العمال، وعقد نقل الأشخاص من طبيعته الزام أمين النقل بضمان سلامة الركاب.

ويتولى القاضى اعمال سلطته التقديرية فى استكمال نطاق العقد على البحث فان القاضى يقوم فى حقيقة الأمر بتقدير ارادة المتعاقدين المشتركة لاستكمال نطاق العقد.

ذلك لأن الأحكام الواردة فى القواعد القانونية المكملة والمفسرة ليست الا ارادة المتعاقدين التى افترضها القانون أو كشف عنها.

ويقوم القاضى أيضا باعمال سلطته التقديرية بهدف اكتشاف ما يحتويه العرف من عناصر مملة لارادة المتعاقدين بهدف استكمال نطاق العقد وتحديد هذا النطاق.

ويظهر ذلك بوجه خاص فى نطاق المعاملات التجارية والبحرية وعقود التأمين والحساب الجارى.

ويستخدم القاضى سلطته التقديرية فى نطاق الشروط المألوفة فى التعاقد بهدف تحديد نطاق العقد، وعلى ذلك فانه يضاف الى العقد الشروط التى جرت العادة بادراجها فيه، ولو لم يقم الأطراف بادراجها فعلا فى العقد.

وتزداد سلطة القاضى التقديرية سعة حينما يلجأ الى قواعد العدالة لتحديد نطاق العقد، لأن القاضى فى مثل هذه الأحوال يخلق المعيار الذى يستخدمه فى اعمال سلطته التقديرية، سواء كان هذا المعيار هو معيار التقدير الشخصى، أو معيار التقدير الموضوعى.

وعلى ذلك فالقاضى فى قيامه بتحديد نطاق العقد وذلك فى الأحوال التى تثور فيها مشاكل متعلقة بهذا النطاق عند البدء فى تنفيذ العقد، فانه يستعمل سلطته التقديرية لتحديد هذا النطاق.

٢٣٦- ومن جهة أخرى فانه فى مرحلة تنفيذ العقد قد تطرأ حوادث غير متوقعة تؤدى الى الاخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد. ونريد الآن دراسة فكرة السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى ازاء هذه الحوادث.

فى العقود متراخية التنفيذ، اذا طرأ حادث لم يكن فى الحسبان، وتسبب هذا الحادث فى اختلال التوازن الاقتصادى فى العقد اختلالا خطيرا، فهل يظل المدين ملتزما بتنفيذ العقد ما هو؟.

من أجل الاجابة على هذا السؤال ظهرت نظرية الحوادث الطارئة لتقرر أن التزام المدين لا ينقض لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى هذا الالتزام كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضى الالتزام الى الحد المعقول حتى يطبق المدين تنفيذه.

ويشترط لاعمال نظرية الحوادث الطارئة فى القانون المدنى شروطا ثلاث، نذكرها بايجاز ثم نحاول استخلاص السلطة التقديرية التى يمارسها القاضى فى نطاق كل شرط من هذه الشروط.

يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة :

١- أن يجد بعد صدور العقد وقبل تنفيذه، حوادث استثنائية عامة.

٢- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس فى الامكان توقعها ولا فى الوسع دفعها.

٣- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا.

وتتجلى سلطة القاضى التقديرية فى تحديد اللحظة التى تبدأ فيها الحوادث الاستثنائية، وتحديد لحظة صدور العقد بالفعل، ومتى لا يعتبر أنه قد تم تنفيذه. لأنه اذا صدر العقد ونفذ، ثم جد الحادث الطارئ بعد التنفيذ، فلا أثر لهذا الحادث، ويترتب لعى ذلك أن البيع، مثلا، الذى جعله الحادث الطارئ مرهقا لا يكون عرضه للتعديل اذا كان المشترى دفع الثمن واستلم المبيع .ك أما اذا طرأ الحادث قبل دفع لاثمن أو قبل دفع جزء منه، فالثمن أوالباقى منه يكون عرضة للانقاص نظرا لوجود الحادث الطارئ.

أما ما سبق دفعه من الثمن قبل وقوع الحادث فلا يناله تعديل[١].

وتظهر سلطة القاضى التقديرية أيضا فى أحوال تقدير مدى نطاق التقابل فى الالتزامات المتراخية التنفيذ، وقد حكم فى هذا المعنى بأنه لا

(١) نقض مدنى ٢٠/ ١٢/ ١٩٦٢ مجموعة النقض، س ١٣، ص ١١٧٩.

يشترط فى تطبيق المادة ١٤٧/ ٢ من القانون المدنى أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل الى ما بعد الحادث الطارئ، بل يكفى وجود التزام متراخى التنفيذ الى ما بعد الحادث الطارئ وصار مرهقا للمدين دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان متراخيا كذلك[١].

ولا شك أنه يقع على عاتق القاضى تحديد متى يكون الحادث حادثا استثنائيا، وهو فى هذا يحدده على ضوء الاعتبارات الموضوعية التى تتعلق بالمركز المتنازع عليه، ولا يأخذ فى اعتباره للتوصل الى هذه التحديد العناصر الذاتية اللصيقة بشخص المتعاقد.

كما أنه يقع على عاتق القاضى تقدير مدى العمومية التى يتمتع بها الحادث الاستثنائى. أى أن القاضى يقدر ما اذا كان الحادث عاما أم هو مجرد ظرف خاص بالمتعاقد وفقا لظروف هذا الأخير الشخصية.

والقاضى فى تقديره للظروف الطارئة ينبغى عليه أن يأخذ فى اعتباره المعير الموضوعى، الذى يقوم على أن الظروف الاستثناذية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين. بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس[٢].

وعنصر عدم التوقع يتولى القاضى تقديره، وهذا التقدير يتم أخذا فى الاعتبار بالمعيار الموضوعى، فيحدد القاضى ما اذا كان فى وسع الرجل العادى توقع أو عدم توقع هذا الظرف الاستثنائى العام.

وامكانية دفع أو عدم دفع الحادث الطارئ يقوم القاضى بتقديرها على ضوء المعيار الموضوعى، واذا خلص أن الحادث الطارئ كان من الممكن دفعه، فلا مجال لاعمال النظرية، أما اذا خلص الى عدم امكانية دفع هذا الحادث وفقا لمقدرة الرجل العادى، فهنا يمكن اعمال هذه النظرية اذا توافرت بقية الشروط.

---

(١) نقض مدنى ٢١/ ٣/ ١٩٦٣ مجموعة النقض، س ١٤، ص ٣٤٧.
(٢) نقض مدنى ٨/ ٢/ ١٩٥١ مجموعة النقض، س ٣، ص ٢٦.

٢٣٧- والقاضى يتولى تقدير مدى الارهاق الذى يحيط بتنفيذ الالتزام، فنظرية الحوادث الطارئة يجب أن يكون من شأنها أنن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا، والقاضى هو الذى يتولى تقدير ذلك. وهو الذى يتولى تحديد الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما اذا كانا يشتركان فى أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، الا أنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقا فحسب.

وتحديد ارهاق المدين معياره مرن، يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقا لمدين، لا يكون مرهقا لمدين آخر، وما يكون مرهقا لمدين فى ظروف معينة. قد لا يكون مرهقا لنفس المدين فى ظروف أخرى، والمهم أن تكون تنفيذ الالتزام بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى(١).

وبصدد سلطة القاضى التقديرية فى تحديد عنصر الارهاق قضت محكمة النقض المصرية بأن:

ارهاق المدين لا ينظر فيه الا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد. فتنسب الخسارة الى هذه الصفقة لا الى مجموع ثروة المدين. فاذا كان التعاقد مع الحكومة، جاز أن يكون التزام الحكومة مرهقا لها بالنسبة الى الصفقة التى عقدتها بالذات، وان كانت الخسارة شيئا هينا بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة.

بل ان الارهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها. وعلى ذلك فاذا التزام تاجر بتوريد قمح وخزن منه كميات كبيرة دون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين، وبين التزامه بتوريد القمح، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ

---

(١) نقض مدنى ٢١/ ٣/ ١٩٦٣ مجموعة النقض، س ١٤، ص ٣٤٧.
- نقض مدنى ٢٦/ ٣/ ١٩٦٤ مجموعة النقض، س ١٥، ص ٤٠٩.

أضعافا مضاعفة، جاز له أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة، أما المكسب الذى يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ولا شأن للدائن به[1].

ومن هذا نرى أن معيار تقدير الارهاق هو معيار موضوعى يعتد فيه القاضى بالظروف الخارجية للمركز التعاقدى المتنازع عليه، وليس بمعيار ذاتى يؤخذ فيه بالظروف الشخصية الذاتية اللصيقة بأشخاص المتعاقدين[2].

٢٣٨- وتظهر سلطة القاضى التقديرية بوضوح شديد فى نطاق الجزاء الواجب اعماله فى نظرية الحوادث الطارئة.

فاذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر، جاز للقاضى تبعا للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، والواقع أن مهمة القاضى فى هذا الصدد وبالنسبة للجزاء المرن الخاص بهذه النظرية تختلف عن مهمته المألوفة، فهو لا يقتصر لعى تفسير العقد، بل يتجاوزه الى تعديله.

فقد يرى القاضى انقاص الالتزام المرهق، أو انقاص فوائده، أو اسقاط هذه لافوائد مع مد الآجال، وفى الواقع فالقاضى يختار بين عدة وسائل للتخفيف من حدة الالتزام المرهق. هذا الاختيار دالته هى الظروف الاستثنائية، والذى يشجع ليع واحد من هذه الخيارات هو تقدير القاضى لملاءمة كل جزاء بالنسبة للجزاء الآخر.

ومن جهة أخرى فقد يختار لاقاضى زايادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى القاضى، غير ذلك، كأن يحكم بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ اذا كان هذا الحادث مؤقتا يقد له الزوال فى وقت قصير.

---

(١) نقض مدنى ١٠/ ٥/ ١٩٦٣ مموعة النقض، س ١٣، ص ٦٢٩.
(٢) نقض مدنى ٧/ ١٢/ ١٩٦١ مجموعة النقض، س ١٢، ص ٧٥٢.

ويلاحظ أنه اذا جاز للقاضى وفقا لسلطته التقديرية انقاص الالتزام المرهق، أو زيادة الالتزام المقابل، أو وقف تنفيذ العقد، فانه لا يجوز له فسخ العقد. فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى بالحادث الطارئ كما ينقضى بالقوة القاهرة، ولكن يرد الى الحد المعقول.

وفى حكم لمحكمة النقض المصرية تم تصوير نطاق السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى على وجه جيد كما يلى :

ان تطبيق حكم المادة ١٤٧/ ٢ مدنى على عقود البيع - تقول محكمة النقض - التى يكون فيها الثمن مؤجلا أو مقسطا لا يحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليه فيها، وه رد الالتزام الى الحد المعقول، على الوجه الذى يتطلبه القانون.

ذلك أن القاضى لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة الى القسط أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشترى لها قد أصبح بسبب وقوع الحادث الطارئ غير المتوقع مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة، أما باقى الأقساط المستقبلة. فان القاضى لا يعمل فى شأنها هذا الجزاء اذا تبين أن هناك احتمالا بزوال أثر ذلك الحادث عند استحقاقها[1].

وننتقل الآن لدراسة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق.

---

(١) نقض مدنى ٣/ ١/ ١٩٦٣ مجموعة النقض، س ١٤، ص ٣٧.
- نقض مدنى ٢٦/ ٣/ ١٩٦٤ مجموعة النقض، س ١٥، ص ٤٠٩.

المطلب الخامس

التعسف فى استعمال الحق

وسلطة القاضى التقديرية

٢٣٩- للحق حدود موضوعية تتصل بمداه ونطاقه، وحدود أخرى غائية تتصل بتحقيق هدفه أو غايته ممثلة فى فكرة المصلحة. والحدود الموضوعية يحددها المصدر المنشئ للحق فيضع قيودا يحدد بها مداها. ولا يجوز لصاحب الحق أن يتجاوزها والا كان عمله غير مشروع. أما فى شأن الحدود الغائية، فانه اذا كان القانون يترك للأفراد تحقيقها، فانه فضلا عما يقرره من رقابة القضاء على استعمالها وتحقيقها فانه يضع مبدءا عاما تتقيد به الحقوق بتحقيق غايتها.

ومن ثم تتقيد الحقوق عند استعمالها بتحقيق هذه الغاية.

واذا كان الأمر كذلك فهل كان لهذه الغاية أثر فى استعمال الحقوق على وجه معين، وهل كان من شأنها أن تحدد طبيعته بحيث تصف الاستعمال بالمشروعية أو تنفى عنه هذا الوصف؟ ثم هل كان لهذه الغاية أثر فى تحديد معيار استعمال الحق وبيان ماهية هذا المعيار؟ ثم هل هذه الغاية تلعب دورا معينا فى تحديد وتوجيه سلطة القاضى التقديرية فى هذا المجال؟ ثم ما هو أثر هذه الغاية فى توجيه القاضى نحو التقدلير الموضوعى المجرد أو التقدير الشخصى الذاتى؟

كل هذه الأسئلة سوف يرد الرد عليها فى سياق هذه الدراسة، وفى نطاق هذا المطلب. ويجب أن نلاحظ أنه اذا كان اختيارنا قد وقع على فكرة التعسف فى استعمال الحق لبيان سلطة القاضى التقديرية، فان ذلك يرجع الى أنه بمناسبة هذه النظرية يبرز بوضوح نطاق وجوهر السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى.

والتعسف فى استعمال الحق ليس قاصرا على نظرية العقد، بل هو نظرية عامة صالحة للانطباق فى كافة الأحوال التى يوجد بها حقوق يراد استعمالها(١).

٢٤٠- الحقوق تولد روابط قانونية، هذه الروابط اما أن تكون روابط اقتضاء، أو روابط تسلط، بحسب ما اذا كنا أمام حق شخصى، أو أمام حق عينى على التوالى.

هذه الروابط تخول صاحبها سلطات أو مكنات، هذه الامكانات تقررت من أجل تحقيق مصلحة معينة. هذه المصلحة هى غاية الحق.

وهذه الحقوق، على اختلاف أنواعها، تجد نوعين من القيود ترد على استعمالها:

١- قيود خارجية، مادية أو قانونية اذا ما خرج عليها صاحب الحق فى عمله عد عملا دون حق، أو تجاوزا للحق، كمن يبنى فى ملك غيره، أو من يستعمل سلطات ليست مقررة لها قانونا. وهذه الحدود يغلب عليها أن تحدد بنصوص القانون أو الاتفاق.

٢- وهناك حدود أخرى تتصل بغاية الحق، اذ أن هذه السلطة المعترف بها للارادة، مصدرها المصلحة الفردية أو الجماعية. ولا تعد هذه السلطة مشروعة الا اذا اتفقت مع المصلحة المعترف بها، حتى ولو كانت المصلحة ليست محددة بواسطة القانون، لأن القاضى هو الذى يتولى تحديد هذه المصلحة بما له من سلطة تقديرية.

وعلى ذلك فاذا كانت الحقوق تمثل سلطة فى اتيان عمل ما، فان هذا العمل لا يعد مشروعا الا اذا كان اشباعا أو تحقيقا لمصلحة مشروعة(٢).

---

(١) حسن كيره، أصول القانون، ص ٤٤١/ عبدالودود يحيى، نظرية الحق، ١٩٧٠، ص ٩.

(٢) السنهورى، مصادر الحق، جـ ١، ص ٤/ السنهورى. أصول القوانين، ص ٢٦٧/ نعمان جمعة، دروس فى المدخل للعلوم القانونية، ص ٢٨٦/ محمد نصر الدين زغلول، الارادة فى العمل القانونى، ص ١٤/ محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، ص ٦٧.

ومن هنا قيل أن الأعمال تنقسم بالنظر الى مشروعيتها الى ثلاثة أقسام:

١- عمل يتجاوز به صاحبه الحدود الموضوعية المحددة لحقه قانونا، فيعتبر عملا غير مشروع[١].

٢- عمل يتم فى ضوء الحدود الموضوعية والغائية، ويحقق لصاحبه فائدة ويترتب عليه ضرر بالغير، فيقيم مسئولية صاحبه مع ذلك استنادا الى فكرة تحمل التبعة.

٣- عمل عادى فى مظهره، ولكنه يمارس دون غرض نافع. مع قصد الاضرار بالغير فيعتبر عملا غير عادى، ويقيم مسئولية صاحبه رغم مشروعيته من حيث المضمون والحدود.

وهذه الصورة الأخيرة هى التى يتعين على صاحب الحق أن يتقيد فيها بحدوده الغائية لأن الحقوق لم تشرع عبثا، أو للاضرار بالغير، حتى ولو كان يباشر صاحب الحق سلطاته ومكناته داخل حدود حقه الموضوعية[٢].

٢٤١- واذا كان الجمهور مستقر منذ أمد بعيد على أن الحقوق هى فكرة نسبية وليست مطلقة. ومفاد النسبية هنا هو أنه ينبغى النظر اليها فى ضوء غاياتها، فلم يعد كافيا استعمال الحقوق وفقا لما يتفق ونطاق حدودها القانونية أو شكلها القانونى.

واذا كان المشرع يستطيع بنصوص قانونية أن يحدد نطاق حدود الحق الموضوعية، فانه لا يسعه أن يتتبع كل حق ليحدد غايته على وجه يقينى

(١) - Repirt: l'exercice de droit et la responsabilité civile. R. de L et de jurisprudence, 1906.

(٢) - Josserand: l'esprit des droits et leur relativité 1927. p. 50.

- Repirt: Abus et relativité des droits. Revue critique, 1929, p. 335.

ثابت، وإن كان يكشف عن غاية الحق أحيانا فيقيد استعمال الحقوق بتحقيق غايته منها والتى حددها مسبقا(١).

وبناء على كل ذلك فان فكرة التعسف وارتباطها بنسبية الحقوق، تعد تأكيدا للحقوق ذاتها وتقييدها، وحمايتها مما قد تؤدى اليه من نتائج ظالمة.

وعلى ضوء فكرة التعسف هذه يمكن تحديد الحقوق فى ضوء الفلسفة السياسية والاجتماعية السائدة فى المجتمع دون حاجة الى زعزعة النظام القانونى.

فالحق والتعسف فكرتان متلازمتان يصحح ويحدد كل منهما الآخر. فلا تنفصل أى منهما عن الأخرى.

ولكن اذا كان الشخص يعد متعسفا فى استعمال حقه اذا استعمله على وجه يتعارض مع الغاية الاجتماعية المحددة لهذا الحق. فان السؤال الآن هو: **كيف مكن تحديد هذه الغاية من جهة، وكيف يمكن تقدير وجود التعسف من جهة أخرى؟** هنا تثور مشكلة المعيار، وتثور بجملتها مشكلة سلطة القاضى التقديرية.

ونتولى الآن دراسة هذه المسائل.

٢٤٢- يتصور أولا أن نيكون معيار التعسف معيارا ذاتيا شخصيا قوامه فكرة الاقتصاد الحر وسلطان الارادة وكل هذه المسائل تقوم على القصد والنية والبحث فى عناصر الارادة الفردية ومطابقتها لعى الحالة الواقعية المطروحة أمام القضاء.

ويتمثل المعيار الذاتى فى قصد الاضرار بالغير فالفعل السىء لا يغتفر لأنه يتضمن قصد الاضرار بالغير(٢).

---

(١) - hassan Kira: la théorie de l'abus de droit en droit Français et en droit Egyptien, Paris 1952. p. 50.

(٢) - Jossrand: De l'esprit des droits, p. 372.

- أنور سلطان، التعسف فى استعمال الحق، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٧، ص ١٠٥.

- Repirt: De la régle Morale. p. 35.

ويعتبر من عناصر التعسف وفقا للمعيار الذاتى أو الشخصى الاعتداد بالغرض المقصود اذا استعمل صاحب الحق حقه قاصدا الاضرار بالغير، كما يعد تعسفا الوسائل التى يتبعها صاحب الحق عند استعماله حقه. ويرى البعض فى نطاق هذا المعيار أنه لا يلزم أن تكون نية الاضرار هى الدافع الوحيد، لأنه اذا استلزمنا ذلك كان فيه القضاء على فكرة التعسف[1].

على ذلك فانه يكفى اذا اختلطت بهذه النية دوافع أخرى، أن تكون هذه الدوافع هى الحافز الأكبر لصاحب الحق عند مباشرة حقه، فاذا كانت ثمة مصلحة قد تحققت مع نية الاضرار، فانه يمكن الأخذ بنية الاضرار اذا غلبت ورجحت على فكرة المصلحة عند مباشرة حقه.

والواقع أن المعيار الشخصى فى تقدير التعسف اذا كان يعتمد على قصد الاضرار بالغير، فانه يجد مصدره تاريخيا فى ذلك الاتجاه الذى كان يضيق من مجال التعسف حيث كان ينبغى على من يدعى القول بأن ثمة تعسفا، وفقا لهذا المعيار، أن يثبت الدليل على الرغبة الخبيثة ضد الغير.

ولا شك فى صعوبة الاستناد الى المعيار الشخصى فى مجال التجارة القانونية وذلك لصعوبة اثباته نظرا لأنه ينتمى الى البواعث والنوايا. وبمقتضى هذا المعيار فانه يجب على القاضى أن يغوص فى خلجات النفس وبواعثها الحقيقية.

وعلى ذلك فقد حاول الفقه البحث عن قرائن يستدل بها على التعسف فى استعمال الحق، واثبات وجوده بالتالى. فاستند الفقه الى معايير موضوعية كغيبة المصلحة أو عدم مشروعيتها. وبناء على ذلك فالتعسف فى استعمال الحق يقوم فى الحالة التى يستعمل فيها الحق بغرض وحيد هو قصد الاضرار بالغير، وذلك دون مصلحة جادة.

---

(١) أنور سلطان، المقالة السابقة.

- A. Maurin: leóle créature du juge, 1938. pp 156 á 160.

وذهب البعض الآخر من الفقه الى القول بأنه يجب على القاضى فى أثناء تقديره لمعيار التعسف ألا يبحث عن الارادة، بل يجب عليه أن يبحث عن تنازع الحقوق، أى تنازع الحق الذى يستعمله صاحبه، ولاحق الآخر الذى أضير من هذا الاستعمال[1].

٢٤٣- ومع ذلك فقد ظل المعيار الشخصى سائدا فى تقدير التعسف فى استعمال الحق. فالقاضى اذ يقوم ببحث هذا المعيار فانه يفحص الظروف والوقائع، ويبحث التعسف فيما يجده من سوء النية أو الغش أو الارادة العنيدة، أو الارادة التى تتصف بالرعونة والطيش.

وازاء الصعوبات التى تعترض اثبات المعيار الشخصى فى نطاق التعسف فى استعمال الحق، وازاء الخطورة الناجمة من واقعة أن المعايير الشخصية أو النفسية من شأنها أن تحد من نطاق التعسف وتعوق تطور نظريته اذ لا يمكن مثلا تفسير مسئولية المالك الذى يصدر فى عمله عن دافع مشروع أو مصلحة مشروعة. ويتخذ جميع الاحتياطات فى عمله حتى لا يصيب الغير من عمله بضرر. كما فى حالة تجاوز مضار الجوار العادية. فانه لا يمكن تفسير هذه المسئولية باعودة الى هذه المعايير الشخصية.

وبناء على ذلك فقد اشتدت الحاجة الى ضرورة أن يستند القاضى فى تفسيره أو تقديره لهذه الفكرة الى معايير موضوعية.

٢٤٤- ولعل السبب الأساسى الذى وجه أبحاث الفقهاء نحو البحث عن معيار موضوعى للتعسف فى استعمال الحق يرجع الى الخوف من السلطة الكبيرة التى يمنحها المعيار الشخصى للقاضى.

---

(١) - SA Vatier: Trité de la responsabilité civile en droit Français. 1939, p. 120.
- Cass. civ. 20 - 2 - 1970. Bull. civ. III. p. 104.
- Cass civ. 5 - 2 - 1962. Bull civ. I. p. 50.
- A. Maurin: le rôle créature du juge. lac. cit.

وابتـدأ البـحث عن المعـيـار الموضـوعى فى هذا النطاق عن طريق استخلاص عناصر موضوعية كقرينة لاثبات وجود المعيار الشخصى. مثال ذلك انتفاء المصلحة فى العمل، أو تفاهتها بالمقارنة الى الاضرار التى تصيب الغير، أو عدم مشروعية المصلحة[1].

وبعد ذلك حاول الفقه والقضاء تشييد معياره الموضوعى فى هذا المجال، وعلى ذلك فانه يجب عدم الوقوف عند حد البحث عن ارادة صاحب الحق، وانما يجب تعدى ذلك بالبحث عن نتائج العمل وثمرة هذا الاستعمال، وسبب ذلك أن الحقوق ليست بغاية فى ذاتها، وانما هى وسائل لتحقيق المصالح.

ولهذا قيل بمعيار الغاية الاجتماعية أو الهدف الاجتماعى والاقتصادى للحق. ومعنى ذلك أنه يجب على القاضى فى تقديره للتعسف فى استعمال الحق أن يبحث عن الوظيفة الاجتماعية للحقوق، لأن هذه الأخيرة تتحدد وظائفها بالغايات المرسومة لها. وبناء على ذلك فيعد متعسفا فى استعمال حقه من يهدف الى تحقيق غايات غير اجتماعية. هذه الغاية كما هو واضح تقدر تقديرا موضوعيا[2].

وانتقد معيار الهدف الاجتماعى للحق لأنه ينطوى على صعوبة جمة فى التطبيق، اذ أن تحديد الهدف الاجتماعى لكل حق فضلا عما ينطوى عليه من خطورة نظرا لأنه يفتح الباب أمام تحكم القضاة. لأنه من العسير رسم هدف اجتماعى منضبط لكل حق الى الحد الذى يؤمن معه من التحكم وتضارب الآراء[3].

ومثالا على ذلك أن القاضى وهو بصدد تحديد الهدف الاجتماعى لحق الملكية مثلا، سوف يجد نفسه مضطرا للخروج من نطاق القانون الى مجال

---

(١) محمد شوقى السيد، المرجع السابق، ص ١٣٤.

- A. Maurin: le rôle créature du juge, p. 160.

(٢) - jossrand: l'esprit des lois p. 80.

(٣) - Ripert: Abus et relativité des droits, 1929. p. 182.

السياسة. لأنه سوف يستعرض هدف هذا الحق فى النظرية الشيوعية. أوالاشتراكية، أو الرأسمالية. وبناء على هذا فسوف يدخل فى تقديره القانونى مسائل سياسية ذات أفكار غير منضبطة(١).

٢٤٥- وبناء على هذه الانتقادات ظهر معيار موضوعى آخر هو معيار انعدام المصلحة المشروعة. وجوهر هذا المعيار هوو أن الحقوق ما هى الا وسائل لتحقيق غايات مشروعة. وعلى ذلك فيجب ألا يستعمل صاحب الحق حقه عند انتفاء وجود المصلحة المشروعة(٢).

ويشمل هذا المعيار فضلا عن انعدام المصلحة وتفاهتها. استعمال الحق أيضا بقصد الاضرار بالغير، لان استعمال الحق لمجرد الاضرار هو استعمال للحق بغير مصلحة مادية فيه لصاحبه. وبناء على ذلك فان جوهر معيار التعسف وفقا لهذه الآراء، هو غيبة المصلحة المشروعة.

وبناء على ذلك، فانه يتعين على القاضى، حينما يقوم بتقديره للتعسف فى استعمال الحق، أن يعتد بمعيار المصلحة بحسبانه غاية الحق الشخصى، اذ تتحدد بها الحدود الغائية للحق. ويستمد المعيار من ذات طبيعة الغاية، وهو ما يتضمن الحدود الحقيقية لغاية الحق، بحيث يعد الخروج عليها أو مناقضتها خروجا على حدود الحق الغائية، وهو المجال الحقيقى لفكرة التعسف فى استعمال الحق.

وبناء على كل ذلك فيجب على القاضى عند اعمال سلطته التقديرية أن يأخذ فى اعتباره أن الحقوق مقيدة بغاياتها، وتدو الغاية هنا قيدا على استعمال الحق، بحيث ينبغى أن تكون المصلحة هى الغاية المشروعة. لأن غاية الحق هى اشباع المصلحة بالنظر الى ما منحه القانون من امتياز وسلطة للأفراد.

---

(١) - Starck.: les obligations, p. 135.

(٢) - Ripert: De la règle morale, p. 185.

ورغم وجاهة هذا المعيار الا أن بعض الفقه هاجمه لأنه من الصعب التوصل الى معيار عام ومحدد فى هذا النطاق. ويرى هذا الفقه أنه يجب البحث عن معيار مستقل لكل حق بما يتفق مع طبيعته[1].

ومع ذلك يرى أنصار انعدام المصلحة المشروعة أو تفاهتها أو عدم مشروعيتها كمعيار للتعسف، أن هذا المعيار يتسم بالموضوعية، والضوابط القانونية المألوفة والمرونة.

ويرون أن هذا المعيار يحل مشكلة تحكم القاضى، اذ ليس كافيا أن يتقرر عدم جواز استعمال الحق الا فى ضوء أسباب مشروعة، ذلك أنه يجب أن نعطى للقاضى معيارا يحدد به مشروعية هذه الغايات أو الأسباب، فنقدمَ له معيارا يتسم بالعموم، ويمثل قاعدة يلجأ اليها لتقدير ما اذا كان استعمال الحق قد جرى فى نطاق المشروعية، أو بعيدا عنها، وهذا الشكل هو ما يسمى نموذجا أو شكلا واحدا.

٢٤٦- وأيا ما كان الأمر فان القاضى هو الذى يتولى اعمال نشاطه الذهنى فى فهم المعيار الموضوعى فى نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق. ثم هو أيضا الذى يتولى فهم مدى انطباق هذا المعيار على وقائع النزاع المطروح عليه. هذا النشاط الذهنى يقوم به القاضى فى منأى عن أى رقابة قضائية مباشرة عليه. فهذه الرقابة تتم بشكل غير مباشر كما سوف يرد الشرح فى الباب الثالث من هذا المؤلف.

والذى يعنينا فى هذا المقام هو ابراز الدور البالغ للقضاء فى تطبيق النصوص الخاصة بالتعسف، وبالذات نظرا لما تتسم به هذه النصوص من معيار شديد العمومية. فاذا كان معيار التعسف بحسب ما تقدم هو معيار المصلحة الجادة المشروعة، لهذا كان جديرا بنا محاولة وضع قواعد يستهدى بها القاضى فى التقدير.

(١) - H. Capitant: De la Cause des obligations. p. 145.

هذه القواعد هى عبارة عن الوسائل والأدوات التى يستطيع بها القاضى القول بغياب المصلحة أو تفاهتها. أو عدم مشروعيتها.

فالقاضى يقوم أولا بتقدير ماهية المصلحة، فهى ببساطة المنفعة التى تعود على صاحب الحق من استعمال حقه، وعلى ذلك يستطيع القاضى أن ينقب فى وقائع الدعوى، ومستنداتها للوصول الى ما اذا كان ثمه فائدة أومنفعة تعود على صاحب الحق. فاذا ما انتهى من بثه الى غياب كل مصلحة أو فائدة فانه ينتهى الى القول بوجود التعسف.

أما اذا وجب مصلحة، فعليه أن يوازن بين هذه المصلحة. وبين الضرر الذى قد يصيب الغير، أو يكون قد اصابه بالفعل نتيجة استعمال الحق. وهنا قد تثور صعوبة فى تقدير المصلحة وما اذا كانت مساوية أو راجحة أومرجوحة عن الضرر، وهذا التقدير يخضع للظروف والملابسات.

ولكى يصل القاضى الى القول بمشروعية استعمال الحق أو التعسف فى استعماله فان يوازن بين المصالح المتعارضة.

وقد تكون كفة بعض المصالح راجحة على الضرر الذى يصيب الغير. فيعد الاستعمال مشروعا لأن المصالح هنا تكون ذات أهمية تربو على الأضرار التى تصيب الغير.

وقد تون المصالح متساوية أو مماثلة للضرر الذى يصيب الغير، وهنا تنص المادة الخامسة من القانون المدنى على ان استعمال الحق يعد مشروعا.

وقد تكون المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع الضرر الذى يصيب الغير، وهنا يكون الاستعمال استعمالا تعسفيا للحق.

والقاضى من جهة أخرى يقوم بتقدير درجة اختلال المصالح أى اختلال التوازن بين المصلحة والضرر للقول بوجود التعسف. والفقه لا يستلزم درجة معينة لاختلال التوازن بين المصلحة والضرر، وأنه يكفى أن

نصل الى درجة ترجيح الضرر على المصلحة. ورجحان الضرر هنا مرتبة تعلو تساوى المصلحة مع الضرر.

ويرى البعض[1]، أن معيار المصلحة كمعيار لاستظهار التعسف هو نتاج فكرة قانونية ومن ثم فانها تندرج تحت تسبيب الأحكام، وهى ليست مسألة وقائع، مما يخضع معه القاضى لرقابة محكمة النقض. فالقول بوجود ناتج العمل وفائدته أو عدم وجوده مسألة تتصل بواقعات الدعوى، أما مسألة تكييف هذه الواقعات بأنها تعد مصلحة، أو لا تعد كذلك، أو أنها مصلحة تافهة أو راجحة، أو مصلحة غير مشروعة، فهى مسألة قانونية مما تراقب معه محكمة النقض سلطة القاضى فى القول بذلك لأنها فكرة تتصل بالقانون، وليست قولا بالواقعات.

وسنرى من بعد أن نشاط القاضى فى التقدير يفلت من رقابة محكمة النقض المباشرة، أما نشاطه فى التكييف القانونى فهو خاضع لرقابة محكمة النقض على التفصيل التالى من بعد.

وننتقل الآن الى دراسة المبحث الثانى من الفصل الأول من الباب الثانى والخاص بالدراسة التطبيقية لسلطة القاضى التقديرية فى نطاق القانون المدنى وبصدد فكرة المسئولية المدنية.

---

(١) محمد شوقى السيد، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

المبحث الثانى

دراسة تطبيقية لسلطة القاضى التقديرية

فى نطاق المسئولية المدنية

٢٤٧- دراسة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق المسئولية المدنية تهدف فقط لا غير الى ابراز الجهد التقديرى ووسائله الذى يقوم به القاضى فى هذا النطاق.

بمعنى أننا نرمى الى ايضاح نشاط القاضى التقديرى بصدد كل عنصر من عناصر المسئولية المدنية لنرى كيف يقوم القاضى بتجسيد المعايير الشخصية أو الموضوعية الواردة بالقواعد القانونية. ثم من هذه المرحلة يهمنا بيان كيفية الكشف عن قيام عناصر هذه المعايير فى الحالة الواقعية الماثلة أمامه. كل ذلك تمهيدا لانزال الوصف القانونى على وقائع النزاع ومن ثم اعمال القانون باطلاق الأثر الكامن فى القاعدة القانونية.

كما يهمنا أيضا ابراز الجهد الخلاق الذى يقوم به القاضى فى أحوال عدم وجود النص أو القاعدة المكتوبة، لنرى كيف يخلق هو المعيار الموافق للمصلحة محل الاعتبار وفقا لتقديره، ثم كيفية اعمال هذا المعيار على واقع الدعوى.

ومن عنوان هذا المبحث فاننا ننوى دراسة المسئولية العقدية مع المسئولية التقصيرية لأن عناصرهما تقريبا واحدة.

لهذا نقسم هذا المبحث الى المطالب الآتية :

المطلب الأول: تقدير القاضى لعنصر الخطأ فى المسئولية المدنية.

المطلب الثانى: تقدير القاضى لعنصر الضرر فى المسئولية المدنية.

المطلب الثالث: تقدير القاضى لرابطة السببية فى المسئولية المدنية.

المطلب الرابع: تقدير القاضى للسبب الأجنبى فى المسئولية المدنية.

المطلب الخامس: تقدير القاضى للتعويض فى المسئولية المدنية.

والى تفصيل كل ذلك.

المطلب الأول

تقدير القاضى لعنصر الخطأ

فى المسئولية المدنية

٢٤٨- من المعروف أنه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه الناشىء عن العقد، فان الخطأ العقدى ينشأ من هذه الواقعة. ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام ناشئا عن عمده أو عن أهماله.

وأكثر من ذلك فان الخطأ العقدى يتحقق حتى ولو كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه ناشئا عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة. ولكن يلاحظ فى هذه الحالة الأخيرة أنه اذا تحقق الخطأ العقدى، فان علاقة السببية - وهى ركن فى المسئولية العقدية - تنعدم، ولا تتحقق المسئولية[1].

وفى صدد الخطأ العقدى يجب التمييز بين نوعين منالالتزامات، فهناك التزام تنفيذه لا يكون الا بتحقيق غاية معينة. ومن جهة أخرى هناك التزام لا يرمى الى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل الجهد فى سبيل غرض معين سواء تحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، فهو اذن التزام بعمل، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته، والمهم فيه أن يبذل المدين مقدارا معينا من العناية، هى عناية الرجل العادى.

والخطأ العقدى ينشأ فى الالتزام بتحقيق غاية من مجرد عدم تحقق هذه الغاية[2]. أما فى الالتزام ببذل عناية فالخطأ العقدى فيه ينشأ من عدم بذل العناية المطلوبة[3].

٢٤٩- أما الخطأ فى المسئولية التقصيرية فالجمهور يراه على أنه اخلال

---

(١) السنهورى، الوجيز، جـ ١، ص ٢٥٣.

(٢) نقض مدنى ١٠/ ٣/ ١٩٥٥ مجموعة النقض، س ٦، ص ٧٦٣.

- نقض مدنى ٢٦/ ٤/ ١٩٦٢ مجموعة النقض، س ١٣، ص ٥٢٢.

(٣) استئناف الاسكندرية ٥/ ٢/ ١٩٥٠، المحاماة، س ٣٠، ص ٥٠١.

بالتزام قانونى سابق. والالتزام القانونى الذى يعتبر الاخلال به خطأ فى المسئولية التقصيرية هو دائما التزام ببذل عناية[1].

ومعنى ذلك أن يصطنع الشخص فى سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير. فاذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية.

وقد سبقت الاشارة فى العديد من المرات، وخلال دراستنا للباب الأول من هذا المؤلف، الى أن الخطأ التقصيرى يتحلل الى عنصرين: عنصر مادى ويكونه ركن الانحراف أو التعدى، وعنصر معنوى يتمثل فى الادراك أى أن يدرك محدث الخطأ أنه ينحرف عن السلوك المعتاد للرجل العادى.

ودراسة سلطة القاضى التقديرى ازاء فكرة الخطأ لا تظهر بالقدر الكافى الا اذا تعرضنا لمختلف المفاهيم التى من الممكن أن يحتويها الخطأ.

فالخطأ قد يكون خطأ أخلاقيا، ومعنى ذلك أن المسئولية الأخلاقية أوالأدبية لا تقوم الا اذا كان الفعل الضار قد صدر من الشخص عن قصد أوعلى الأقل عن علم بما سيترتب على مسلكه من أضرار.

وعلى ذلك فخصائص الخطأ الأخلاقى تظهر فيما يلى :

١- أنه خطأ شخصى محض أى يقدر بمعيار ذاتى فيدخل فى الاعتبار كافة الظروف الداخلية للشخص. وعلى ذلك فهو يعتمد على الظروف الذاتية ولاداخلية للمسئول قبل أن يعتد بمسلكه الخارجى.

٢- يشترط لقيام الخطأ الأخلاقى تعمد الضرر أو على الأقل توقعه من جانب المسئول، وهو ما يحتمه المعيار لاذاتى للخطأ الأخلاقى.

---

(١) السنهورى، الوجيز، جـ ١، ص ٣١٢، هامش ١ وهنا يوجد سرد لمختلف الآراء التى قيلت فى تعريف الخطأ التقصيرى.

٣- الخطأ الأخلاقى يؤثر فى الجزاء، فيجب أن يتحدد الجزاء بمدى ما تعمده المسئول أو توقعه من ضرر[١].

٢٥٠- وفيما يتعلق بالخطأ القانونى - وهو ما نقصده هنا - فقد ظهر اتجاهين فى هذا الميدان.

الاتجاه الأول يرمى الى الابقاء على المضمون الأخلاقى لفكرة الخطأ. وتبعا لذلك فالخطأ يتكون من عنصرين، عنصر موضوعى وهو الانحراف غير المشروع فى السلوك، وعنصر شخصى هو ادراك هذا الانحراف[٢].

وفى نطاق هذا الاتجاه يقوم القاضى بتقدير العنصر الموضوعى للخطأ وهو الانحراف بوسائل متعددة. فقد يتصور أن يتم هذا التقدير بمعيار ذاتى أو شخصى، فيؤخذ المخطئ بقدر ذكائه وفطنته ونيته، وهنا يتم التطابق التام بين الخطأ المدنى والخطأ الأخلاقى.

ونظرا لصعوبة أعمال هذا المعيار الذاتى لأنه يتطلب بحثا ذاتيا فى صفات كل مسئول على حده وهو ما قد يستعصى على القاضى، وباتالى قد يكون المعيار الذاتى معيارا غير عادلا، لأنه يؤدى الى التشدد مع الشخص الحريص، والى التساهل مع المهمل[٣].

ومن جهة أخرى، فالقانون لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية.

لذلك ذهب الفقه الى ضرورة أن يعتمد القاضى فى تقديره للخطأ على معيار موضوعى مجرد. فيقاس الانحراف بسلوك الشخص المعتاد الذى يمثل أوسط الناس ويكون من نفس مهنة المسئول، ويوجد فى نفس الظروف

---

(١) محمد ابراهيم الدسوقى، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، ص ٣٣٥.

(٢) مصطفى مرعى، المسئولية المدنية فى القانون المصرى - ١٩٤٤، ص ٤٩.
- السنهورى، الوسيط، جـ ١، ص ٥٣٦.

(٣) سليمان مرقص، مصادر الالتزام ١٩٦٤، ص ٤٠٠.

الخارجية التى وجد فيها هذا المسئول مع التجرد من الظروف الداخلية أوالذاتية لهذا الشخص(١).

٢٥١- وهذا التقدير الموضوعى للعنصر المادى فى الخطأ من شأنه اذا أخذ وحده أن يفصل تماما بين الخطأ المدنى والقاعدة الأخلاقية. ولذلك كانت وسيلة الفقه لربط الخطأ المدنى بالخطأ الأخلاقى هى اشتراط العنصر الثانى للخطأ وهو الادراك. فالخطأ الأخلاقى يفترض مقدرة الشخصى على التمييز بين الخير والشر واختياره طريق الاضرار بالغير عن عمد أو على الأقل عن رعونة واهمال.

وهذا بالتحديد هو مظهر اعمال القاعدة الأخلاقية فى الخطأ المدنى(٢).

ويرى بعض الفقه أن العنصر الشخصى فى الخطأ ما هو الا صفة من صفات الشخص المعتاد، أى صفة من صفات لامعيار الموضوعى المجرد. ذلك أن الشخص المعتاد هو رجل من أوسط الناس الذين يعيشون فى المجتمع يتجرد من الظروف الذاتية لمحدث الضرر ويوجد فى نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها المسئول. وبديهى أن أوسط الناس أو الرجل العادى هو الرجل المدرك لما يفعل، بينما المجنون أو الطفل غير المميز لا يعد رجلا معتادا.

٢٥١- مكرر - اذا كان هذا هو الاتجاه الأول فى كيفية تقدير الخطأ، فقد ظهر اتجاه ثان يرغب فى الابقاء على فكرة الخطأ كأساس للمسئولية المدنية مع تفريغ هذه الفكرة من كل مضمون أخلاقى(٣).

---

(١) نقض مدنى ٢٢/ ٣/ ١٩٦٦ مجموعة النقض، س ١٧، ص ٦٣٦.

(٢) أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام ١٩٦٤، ص ٤٢٥/ اسماعيل غانم، مصادر الالتزام ١٩٦٨، ص ٤٣/ السنهورى، الوسيط، جـ ١، ص ٥٣٦.

- N. D. De la Batie op. cit. p. 130.

(٣) - Rabut: De la notion de faute en droit privé. Thése Paris 1946 p. 50.

- Starck: Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile. Paris 1947 p. 1.

وبناء على ذلك فالقضاء فى توسعه فى فكرة الخطأ خلق التزامات جديدة من واقع التطور الاجتماعى وليس من واقع القاعدة الأخلاقية. وهو فى افتراضه الخطأ فى بعض صور المسئولية بقرينة لا تقبل اثبات العكس استبعد أى أساس أخلاقى فى اسناده هذه المسئولية.

وجوهر هذه الفكرة أن الخطأ أصبح اليوم يؤخذ بمقياس موضوعى متى كان الفعل يعد خطرا أو ضارا من الناحية الاجتماعية[١].

فالخطأ تبعا لذلك هو فعل أو ترك يغاير ما كان يجب أن يتم بالنظر الى الظروف التى وجد فيها المسئول.

فالخطأ القانونى يتميز حسب هذا الرأى عن الخطأ الأخلاقى. وذلك ازاء استحالة وجود قيام واحد يتلاقى عليه الأفراد اذا طلبنا من كل منهم قياس مسلك المسئول. فيكفى لتوافر الخطأ مجرد الاخلال دون وجه حق بحقوق الآخرين[٢].

وتقدم الفقه خطوة أبعد من ذلك نحو موضوعية فكرة الخطأ، وتم ذلك بالفصل بين الخطأ الأخلاقى والخطأ القانونى. فالخطأ القانونى لا يقاس بأى مقياس أخلاقى وانما يقاس بمقياس اجتماعى مجرد. فنقارن الفعل بمسلك الرجل المعتاد ويكون أى انحراف عن هذا المسلك خطأ.

وهذا الرأى لا يتطلب الادراك لقيام الخطأ، وبالتالى يمكن تصور الخطأ من عديم التمييز.

وقد ذهب أنصار التقدير الموضوعى المجرد للخطأ الى أبعد مدى بالقول أن مجرد الأضرار بالغير يشكل فى حد ذاته خطأ يوجب المسئولية[٣].

---

(١) رمسيس بهنام، المسئولية دون خطأ فى القانون الخاص والعام، مارس ١٩٥٣.

(٢) - Starek: le fondement et la porlée de la responsabilité sans foute. Rev. trim. 1958. p. 475.

(٣) - N. D. De la Batie. Thése, précitée. p. 108.

٢٥٢- ومع ذلك فقد حاول أنصار هذا الاتجاه التخفيف من شدة هذا الرأى بالقول بالاعتداد ببعض الاعتبارات الذاتية مما يعيد لاربط بين الخطأ وبين الفكرة الأخلاقية[١].

وبناء على ذلك فقد قاموا بقياس ركن التعدى فى الخطأ أو عدم المشروعية بمعيار موضوعى مجرد مع مراعاة اعتبارين :

١- الأول هو الاعتداد بأوجه القصور الذاتى لدى مرتكب الخطأ، اذا كانت هذه من شأنها التأثير على الشخص فى بلوغ مسلك الرجل الحريص.

٢- الثانى يتعلق بالكيان النفسى، حيث يجب الاعتداد بالمهارات التى تفوق المتوسط العادى للناس[٢].

ومع ذلك فان فكرة لاخطأ الأخلاقى لا تسعفنا فى تفسير صور عديدة يقوم فيها الخطأ فى جانب محدث الضرر رغم خلو مسلكه تماما من أى لوم أخلاقى. مثال ذلك فى الالتزام العقدى بتحقيق نتيجة يعد المدين قد أخل بالتزامه لمجرد اخفاقه فى تحقيق الغاية التى تعهد بها. ويتم تقدير ذلك دون حاجة الى بحث مسلكه. وقد يكون مسلك المدين مجردا من أى انحراف، وقد يكون قد بذلك كل جهده وكل ما فى طاقته فلم يفلح فى بلوغ هذه الغاية لاسباب قد ترجع الى أن تقديره المعقول لحجم الالتزام عند التعاقد اختلف عند التنفيذ مثلا[٣].

فى مثل هذه الحالة يكون مسلك المدين خاليا من أى لوم أخلاقى، وقد يمكنه اثبات أنه بذلك كل ما فى وسعه، ومع ذلك فهو مخطئ خطأ عقديا يتمثل فى الاخلال بالتزام عقدى وتنعقد مسئوليته[٤].

(١) - Démogue: Traité des obligations en générale 1923. p. 50.

(٢) - N. D. De la Batie: Thése Précitée pp. 10 et 153.

(٣) - Mazaud et tune: la responsabilité civile. Tome I. p. 702.

(٤) نقض مدنى ٢٢/ ١٢/ ١٩٦٧ المحاماه، س ٤٩، ص ١٢١، نقض مدنى ٧/ ١/ ١٩٥٤ المحاماه، س ٣٥، ص ١٠٩٨.

وفى العقود التى أنشأ فيها القضاء التزاما بالسلامة كعقود نقل الركاب، قد يثبت المدين أنه فى أوفى كل التزاماته العقدية وقام بكل ما يوجبه عليه العقد والقانون من واجبات واحتياطات، وقد يثبت أيضا أن مسلكه لا يقل عن مسلك الرجل المعتاد، ومع ذلك تنعقد مسئوليته لمجرد حدوث ضرر للراكب.

٢٥٣- وفى المسئولية التقصيرية قد يثبت أن محث الضرر قد بذلك كل جهده، وكل طاقته وكل ما تسمح به ظروفه الذاتية لمنع وقوع الضرر، ومع ذلك لم يفلح فى بلوغ مسلك الرجل المعتاد، ورغم ذلك تقوم مسئوليته ولا يمكن الادعاء بأن أساس هذه المسئولية هو الخطأ الأخلاقى[١].

ومن جهة أخرى قد تقوم المسئولية على الخطأ المفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس، ويثبت مُحدث الضرر أن مسلكه كان خاليا من أى انحراف عن مسلك الرجل المعتاد أو حتى عن المعيار الذاتى أو أن مسلكه كان مجردا من أى لوم أخلاقى، ومع ذلك تنعقد مسئوليته على أساس الخطأ.

واذا ما أردنا التساؤل عن مدى سلطة القاضى التقديرية فى هذا النطاق، فانه يجب ان نعرف أولا الأساس الذى يعتمده القانون الوضعى لفكرة الخطأ.

فاذا كان هذا القانون، آخذا فى الاعتبار ظروف الزمان والمكان، قد اعتنق معيارا اجتماعيا مجردا لفكرة الخطأ، فان القاضى يتعين عليه عند اعمال سلطته التقديرية أن يبحث ما اذا كان مسلك محدث الضرر متفقا مع مسلك الرجل المعتاد ولو كان أدنى من سلوكه لاذاتى، الذى تعود عليه أوعرف عنه. بمعنى أن القاضى يتفهم أولا المعيار الوارد بالقاعدة القانونية، أوالمعيار الكامن فى الضمير الاجتماعى لفكرة الخطأ. ثم يدرس مسلك المدين الذاتى، ثم يقارن هذا المسلك بمسلك الرجل المعتاد الذى يعتبر معيارا عاما مجردا فى هذا النطاق، وبالتالى يخلص الى القول بوجود الخطأ أو عدم وجوده.

---

(١) محمد ابراهيم الدسوقى، الرسالة السابقة، ص ٣٥٠.

وعلى ذلك فالمعيار الاجتماعى المجرد لفكرة الخطأ هو الذى يحدد للقاضى بداءة نوع التقدير الذى سوف يقوم به، سواء كان هذا المعيار وسيلة لقياس الخطأ أو لاثباته، وسواء حور القضاء فى مضمونه باطراد حسب الحاجات الاجتماعية، وحسب نوع الالتزام.

٢٥٤- وتظهر السلطة التقديرية للقاضى بصورة جلية واضحة فى نطاق الخطأ الموصوف. وهذا الأخير له درجات ثلاث هى:

١- الغش أو الخطأ العمد.

٢- الخطأ الذى لا يغتفر.

٣- الخطأ الجسيم.

والغش هو الخطأ العمد، والقاضى هو الذى يتولى تقدير متى يكون هناك غش ومعنى ذلك الغش، ويتمثل هذا الأخير فى انصراف الارادة الى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع فضلا عن انصرافها الى احداث الضرر. ولا يلزم أن تستوعب ارادة الفاعل مدار الضرر الذى قصد اليه، بل يكفى أن يكون قد قصد احداث الضرر.

وعلى ذلك فالخطأ العمد أو الغش يتميز أساسا بالارادة والقصد الخبيث أوسوء القصد، فدالته هى الحالة النفسية التى تشير الى سوء النية، كما أنه يتميز أيضا بالسعى وراء الضرر[1].

والقاضى فى تقديره للخطأ العمد أو الغش فانه يبحث عن عنصرين:

الأول: انصراف النية أو القصد الى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع. ولا يعنى ذلك ضرورة أن يصدر الفعل أو الترك عن تدبير وتفكير

---

(١) ابراهيم الدسوقى، المرجع السابق، ص ٣٥٦ - ٣٥٧ / حسين عامر، المسئولية المدنية، ص٢٥٠ / سليمان مرقص، مصادر الالتزام، ص ٣٧٠/ اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، ص ٣٠٠ / حلمى بهجت بدوى، أصول الالتزامات ١٩٤٣، ص ٣٦/ محمود جمال الدين زكى، الوجيز فى نظرية الالتزال، ص ٤٥١.

سابق، فقد يكون الفعل أو الترك قد جاء عرضا. ومع ذلك يجب على القاضى أن يستبعد الفعل أو الترك الذى يتم فى غفلة من الارادة كالسهو أوالغفلة. لأن ذلك لا يشير الى نية خبيثة من جانب الفاعل[1].

الثانى: والعنصر الثانى للخطأ العمد هو انصراف ارادة الفاعل الى نتائج هذا الفعل أو الترك غير المشروع. أى انصراف النية الى الاضرار بالغير.

وعلى ذلك فيجب أن يكون واضحا أن تعمد الفعل نفسه لا يكفى للقول بوجود خطأ عمد ولو نتمجت عنه أضرار غير مقصودة.

وانصراف نية الفاعل الى الاضرار بالغير كعنصر فى الغش، لا يلزم لتوافرها أن يكون الاضرار محددا أو مقصودا لذاته أو مؤكدا أو أن يقع بالفعل أو أن يكون للفاعل مصلحة فى احداث الضرر.

فيكفى أن تنصرف الارادة الى احداث ضرر ما، حتى ولو لم يكن فى استطاعة الفاعل ادراك مدى هذا الضرر.

٢٥٥- والمقياس فى الخطأ العمد أو الغش يبدأ موضوعيا بقياس الفعل أوالترك بمقياس عام مجرد هو مقياس الرجل المعتاد. وهدف القاضى من هذا التقدير هو التوصل الى القول أولا بأنه فعل أو ترك غير مشروع. ثم بعد ذلك يقاس هذا الفعل بمقياس ذاتى وذلك بالبحث فى نية الفاعل وقصده لمعرفة مدى تعمده الفعل والضرر[2].

وقد تثور الصعوبة عملا فى التعرف على حقيقة نية الفاعل أو مقصده، فهذه مسائل داخلية ونفسية محضة وليس من اليسير الوصول الى تحديدها.

وازاء ذلك لا يكون أمام القاضى الا الاستناد الى الظواهر الخارجية للاستدلال على حقيقة نية الفاعل ومقصده.

(١) محمد ابراهيم الدسوقى، ص ٣٦٠ / اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤٢٦.
(٢) سليمان مرقص، مصادر الالتزام، ص ٣٧٠.
- عبدالمنعم البدراوى، مصادر الالتزام، ص ٣٦٠.

وهو فى تقديره قد يضطر الى أن يأخذ فى الاعتبار مدى الانحراف فى السلوك أو مدى المنفعة التى تعود على الفاعل من الفعل الضار، أو عدم وجود أى مبرر أو عذر لهذا المسلك من جانب الفاعل.

والخطأ العمد يستوجب فى نطاق المسئولية المدنية رفع كل حماية أوتخفيف أو ميزة عن مرتكب هذا الخطأ.

ففى نطاق المسئولية العقدية نجد أن الغش يلزم المدين بتعويض الضرر غير المتوقع، فضلا عن الضرر المتوقع. أما فى نطاق المسئولية التقصيرية فلا أهمية فى تقدير التعويض لما اذا كان الخطأ مجردا أو موصوفا.

٢٥٦- الخطأ الذى لا يغتفر هو نوع من الخطأ الموصوف يعرفه القانون الفرنسى بصدد اصابات العمل، ولا يعرفه القانون المصرى[1]. وقد ظهر هذا التعبير لأول مرة فى القانون الفرنسى سنة ١٨٩٨، وكان الهدف من ظهوره هو حماية العمال. ومظهر هذه الحماية هو تخويل العامل الحق فى الحصول على تعويض يتعدى مقدار التعويض الجزافى المنصوص عليه فى القانون عن الاصابة وذلك متى نتجت هذه الأخيرة من خطأ لا يغتفر من جان رب العمل. وقد تولى القضاء الفرنسى بما له من سلطة فى التقدير تحديد معنى ونطاق هذا الخطأ الذى لا يغتفر[2].

وتقدير القاضى للخطأ الذى لا يغتفر يستند على أن هذا الخطأ هو الخطأ الذى يبلغ حدا من الجسامة غير عادى، وينتج عن فعل أو ترك ارادى أو عن معرفة بالخطر كان يجب أن توجد لدى الفاعل، مع تخلف أى سبب مبرر. ويتميز هذا الخطأ عن الخطأ العمد بتخلف عنصر العمد.

وبناء على هذا التقدير القضائى للخطأ الذى لا يغتفر، فاننا نستطيع استخلاص عناصر أربعة يجب توافرها لقيام هذا النوع من الخطأ. ولا يجوز

---

(١) محمد ابراهيم الدسوقى، ص ٣٦٣ / محمد نصر رفاعى، ص ٣٦٤.
(٢) محمد ابراهيم الدسوقى، المرجع السابق، ص ٣٦٤.

افتراضها، بل يجب قيامها بالفعل حتى يستطيع القاضى بناء على هذا التقدير أن ينتهى الى تكييف الخطأ بأنه خطأ لا يغتفر، هذه العناصر هى:

١- الجسامة غير العادية للفعل أو الترك.

٢- تخلف عذر يبرر هذا الفعل أو الترك.

٣- المعرفة أو امكان المعرفة بالخطر الذى يمكن أن ينتج عن هذا الفعل أوالترك.

٤- الصفة الارادية للفعل أو الترك.

واذا كانت هذه هى العناصر المكونة للتقدير الذى يقوم به القاضى، فاننا داخل هذه السلطة التقديرية للقاضى يهمنا أن نبرز جانب التقدير الموضوعى المجرد، والتقدير الشخصى الذاتى الذى يقوم به القاضى داخل فكرة الخطأ الذى لا يغتفر.

٢٥٧- سبق لنا القول فى الباب الأول من هذا المؤلف أن التقدير الموضوعى، والتقدير الشخصى لا يعملان فى معزل بعضهما عن البعض، بل ان هناك حالات متعددة يقوم القاضى فيها باعمال نوعى التقدير بصدد مسألة واحدة. ومع ذلك وحتى فى هذه الحالات فانهما لا يختلطان، لأنهما يعتمدان على أسس مختلفة[1].

وعلى ذلك وبصدد الخطأ الذى لا يغتفر، والذى حددنا عناصره الأربع فى الفقرة السابقة، فاننا نستطيع القول بأن القاضى قوم بتقدير العنصرين الأول والثانى تقديرا موضوعيا، يعتمد فيه على معيار عام مجرد. بمعنى أن قياس درجة جسامة الفعل أو الترك، وقياس مدى الأعذار المبررة التى يتذرع

(١) - N. D. De la Batie. Theese, prée p. 5 et s.
- A. Pirovano: Faute civile et faute penale. Thése, Précitée. p. 130 et s.

بها المخطئ يتم بطريقة موضوعية مجردة قوامها مسلك الرجل المعتاد، ولا دخل فيها للاعتبارات الشخصية أو الأدبية.

أما العنصر الثالث، أى المعرفة أو امكان المعرفة بالخطر الى يمكن أن ينتج عن الفعل أو الترك، فقد يقدر وفقا للمعيار الذاتى. ويتم ذلك عن طريق اثبات معرفة رب العمل بالخطر الذى يمكن أن ينتج من الفعل أو الترك. فاذا لم يسعفنا هذا المقياس الذاتى، وتذرع رب العمل بعدم علمه بهذا الخطر، فيجب على القاضى اللجوء الى المعيار الموضوعى وهو معيار الشخص المعتاد الذى يوجد فى نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها الفاعل لمعرفة مدى امكان علمه بالخطر الذى قد ينتج من الفعل أو الترك.

أما تقديرالقاضى للعنصر الرابع من عناصر الخطأ الذى لا يغتفر، وهو الفة الارادية للفعل أو الترك، فانه يقدر تقديرا ذاتيا أو شخصيا. أى يجب أن تتجه الارادة الى الفعل أو الترك. وبمعنى أدق يجب أن يبحث القاضى عن مسألة أن الفعل أو الترك كان مقبولا من جانب الفاعل.

وفى هذا النطاق يجب أن يلاحظ القاضى أن الارادة بصدد الخطأ تختلف عن النية أو القصد. فالخطأ يكون عمدا أو بسوء نية أو بسوء قصد اذا كان يتجه الى تحقيق الضرر الواقع ولكنه يكون اراديا اذا كان الفاعل، رغم أنه لم تتوافر لديه هذه النية، يعلم بمدى جسامة النتائج الضارة التى يمكن أن تترتب على فعله.

والواقع أن الغش أو نية الاضرار تتضمن قياسا أخلاقيا بينما الارادة هى مسألة قياس نفسى أو ذاتى[1].

---

(١) - Roblot: De la faute lourde en droit privé Français. Rev. Trim. de droit civil. 1943 p. 3.

- Rodiere: une notion ménacée, la faute ordinaire dans les contrats. Rov. Trim. de droit civil. 1954 p. 202.

والخلاصة هى أن الخطأ الذى لا يغتفر، الذى لقى مجال تطبيقه وتفسيره تضعه فى المرتبة ما بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم.

وهذه العناصر هى التى وضعته بين انواع الخطأ الموصوف، اذ هى مظهر اقترابه من الخطأ الاخلاقى، من حيث اعتداده بالارادة، ومدى اللوم الذى يستتبعه الفعل أو الترك، وبمدى الجزاء الذى يترتب عليه.

٢٥٨- وتظهر فكرة السلطة التقديرية للقاضى بجلاء فى نطاق تقديره للخطأ الجسيم، وأهمية هذه الفكرة ترجع الى تعدد الادوار والأهداف المسندة الى فكرة الخطأ الجسيم. ويقوم القاضى بالتمييز بين الخطأ الجسيم والغش والخطأ العمد والخطأ الذى لا يغتفر من ناحية، ويميز بينه وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى.

فقد ذهب اتجاه الى المساواة بين الخطأ الجسيم والغش على أساس أن الخطأ الجسيم يعد قرينة على قيام الغش[1].

وانتقد هذا الرأى على أساس أن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم لاتستند الى الوحدة بينهما فى الطبيعة، اذ الخطأ الجسيم مهما كان جسيما لايعنى أن مرتكبه قد رغب فى تحقق الضرر، وهو لذلك خطأ غير عمدى[2].

ومع ذلك ذهب رأى آخر الى القول بأن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم لا تعنى اتحادهما فى الطبيعة والصفات، ولكن مجرد المساواة بينهما فى الآثار القانونية[3]. والخطأ الجسيم حينما يتصدى القاضى لتقديره فيجب عليه أن يبحث عن توافر أو عدم توافر قصد الاضرار بالغير، ذلك لأن الخطأ الجسيم لا يتضمن توافر قصد الاضرار بالغير. كما يتميز الخطأ الجسيم عن

---

(١) اسماعيل غانم، أحكام الالتزام ١٩٦٧، ص ٦٨.

(٢) - Roblot. article précitée. p. 7.

(٣) - Mazaud: Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. T. I. 6 em éd 1965. p. 150.

الخطأ العمد فى أنه بينما الخطأ العمد يقاس بمقياس ذاتى أو شخصى بالبحث فى النية أو القصد، فان الخطأ الجسيم يقاس بمقياس موضوعى مجرد هو مقياس الرجل العادى.

ومن جهة أخرى يتميز الخطأ الجسيم عن الخطأ الذى لا يغتفر فى القانون الفرنسى من حيث الصفة الأرادية للفعل. فالخطأ الجسيم هو خطأ غير عمدى، يتمثل فى أفعال الاهمال أو عدم الحيطة غير الارادية، بينما الخطأ الذى لا يغتفر يتمثل فى أنه خطأ ارادى، أى أن الفعل الذى أدى الى الضرر كان محل ادراك أو قبول من مرتكب الخطأ.

٢٥٩- ولا شك أن دراسة كيفية قيام القاضى بتقدير فكرة الخطأ الجسيم تلقى كثيرا من الضوء على مضمون ونطاق وكيفية اعمال القاضى لهذه السلطة التقديرية.

اتجه القضاء الفرنسى فى البداية الى قياس الخطأ الجسيم بمدى الجسامة التى يتصف بها تقصير المسئول أو تهاونه فى الوفاء بالتزاماته العقدية أوغير العقدية(١).

وانتقد هذا الرأى على أساس أنه يميز الخطأ الجسيم بجسامته مما ينتهى به الى عدم فائدته، ومن ناحية أخرى أن هذا الرأى يخلط بين تقدير الخطأ وتقدير الضرر وكلاهما مسألة مستقلة عن الأخرى(٢).

وقد ذهب القضاء الى الأخذ بمعيار ذاتى فى تقديره لفكرة الخطأ الجسيم، وذلك بالاعتداد بالظروف الشخصية أو الذاتية للفاعل. وأخذ على هذا المعيار الذاتى أنه يؤدى الى نتائج غير عادلة، فالمدين المهمل فى شئون نفسه قد يفل من الخطأ الجسيم وفقا لهذا المعيار. بينما المدين شديد الحرص فى ئونه

---

(١) - Sauvage: La notion de faute lourde D. H. 1932 chr. p. 25.

(٢) - Vu Van Mau: La notion de faute lourde du transorteur á travers la jurisprudence. Gaz. pal. 1953 - 2. p. 19.

الخاصة يعامل معاملة قاسية، اذ يعد الخطأ اليسير بالنسبة لغيره خطأ جسيما بالنسبة له.

لهذا اتجه القضاء الى المعيار العام الموضوعى المجرد لقياس الخطأ الجسيم. فيكون الخطأ جسيما اذا كان مرتكبه قد ابتعد كثيرا عن المسلك الذى نتوقعه من شخص المسئول ويوجد فى نفس ظروفه المعتادة وينتمى الى نفس مهنته.

وبصورة أكثر تحديدا فان جسامة الخطأ تقدر على أساس أنه تحديد مسلك الرجل المعتاد يأخذ فى الاعتبار نتائج تصرفه. وعلى الاخص مدى الضرر الذى يمكن أن يترتب على مسلكه. فلكى نصف مسلك مرتكب الفعل غير المشروع بأنه خطأ جسيم يجب القول بأن الرجل المعتاد الذى وجد فى نفس ظروفه الخارجية كان يجب عليه أن يتصور مدى الانحراف فى مسلكه وأن يتصور النتائج الضارة لفعله، كأمر مؤكد أو قريب الاحتمال.

وبناء على ذلك تكون جسامة الخطأ أمرا ظاهرا اذا لم يهتم المسئول بالاحتمال الكبير للنتائج الضارة التى يمكن أن تلحق بالغير نتيجة لفعله. فكلما زاد مدى توقع الضرر، كلما زادت درجة جسامة الخطأ(١).

٢٦٠- ولكن كيف يقدر القاضى مسألة احتمال حدوث الضرر؟ أى كيف يمكن التوصل الى اثبات أن الضرر كان محتملا لدى الرجل المعتاد؟.

لجأ القضاء الى عدة وسائل للتوصل الى اجابة لكل هذه الأسئلة.

لجأ القضاء أولا للتعرف على جسامة الخطز الى قياس مدى الضرر الناتج عن الخطأ. ولكن مدى توقع الضرر يجب أن ينفصل عن الضرر ذاته. واستبعد هذا المقياس لأنه يجد مكانه فيما وراء الفعل الخاطئ، ولأنه يجب قياس توقع الضرر لحظة وقوع الخطأ.

---

(١) - Voisenet: la faute lorde en droit privé Français. Thése, Dijon. 1934. p. 50.

- Savatier; la responsabilité civile. 2 eme éd. 1951 p. 200.

- محمد ابراهيم الدسوقى، ص ٣٨١ والمراجع المشار اليها فيها.

ولجأ القضاء الى قياس مدى توقع الضرر، باعتباره دالة الخطأ الجسيم، من طبيعة العقد. كما فى حالة عقد نقل البضائع القابلة للتلف، فانه كلما زاد أمد التأخير فى تسليم هذه البضائع أو عدم العناية بها أثناء النقل كلما زاد احتمال وقوع الضرر لدى الناقل.

وقد يستفاد مدى احتمال الضرر أيضا من تكرار حدوث الخطأ من المخطئ على نحو يبصره حتما باحتمال حدوث الضرر. وكلما كان الالتزام محددا أو جوهريا حسب طبيعة العقد كلما زاد احتمال حدوث الضرر.

٢٦١- وأخيرا ذهب رأى راجح الى القول بأنه اذا كان الأصل فى قياس مدى جسامة الخطأ هو المعيار الموضوعى المجرد، فانه ازاء الجزاد الجسيم يجب أن نضيف الى هذا المقياس المجرد مقياسا آخر شخصيا أو ذاتيا.

ومعنى ذلك أن جسامة الخطأ يجب أن تنتج عن المقياس الموضوعى والذاتى مجتمعين وليس عن أحدهما منفردا.

فنبدأ بقياس الخطأ بمعيار موضوعى، فان كان جسيما أعملنا عليه المقياس الذاتى، فان ظل جسيما أمكن القول بأننا ازاء خطأ جسيم(١).

واذا دل المقياس الذاتى على عدم جسامة الخطأ، لم نكن بصدد خطأ جسيم، ولو كان هذا الخطأ قد توافر من وجهة النظر الموضوعية المجردة..

٢٦٢- وفى القانون المصرى فقد نصت المادة ١/٤٩٤ من قانون المرافعات كشرط لمخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة، ضمن ما نصت عليه، وقوع خطأ مهنى جسيم.

(١)
- Paris. 14 - 10 - 1960. J. c. P. 1961 0 11 - 12075.
- Esmein. Note Sous req. 24 - 10 - 1932. S. 1933 - 1 - 289.
- Roblot. op. cit. loc. cit.
- Paris. 28 - 11 - 1951. D. 1952 - 23.
- Grenoble: 7 - 12 - 1959. D. 1960 - 213.
- D. de la Batie. Thèse, Prècitèe.
- محمد ابراهى الدسوقى، ص ٣٨٧، والمراجع المشار اليها.

وبصدد تقدير فكرة الخطأ المهنى الجسيم قضى بأنه الخطأ المقارب للغش والذى لا يفرق عنه فى معظم الأحوال الا فارق ذهنى[1].

وحكم أيضا بأن الخطأ المهنى الجسيم هو الخطأ الفاحش الذى يخرج من الغش[2]. وقال البعض بأنه الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون أوالجهل الذى لايغتفر بالوقائع الثابتة بملف الدعوى، والاهمال وعدم الحيطة البالغا الخطورة[3].

واعتنقت محكمة النقض المصرية معياراص ذاتياً فى تعريف الخطأ المهنى الجسيم فأيد الحكم المطعون فيه فيماذهب اليه من أن ما نسب الى وكيل النيابة لا يعد خطأ مهنيا جسيما بسبب حداثة عهده بأعمال النيابة[4].

وذهب حكم آخر الى تحديد الخطأ المنسوب الى القاضى بشكل أكثر دقة، وكان الخطأ ينحصر فى أن القاضى قد استند فى قضائه الى ما ورد بمحضر جلسة فى دعوى أخرى بين ذات الخصوم ومنظورة أمامه أيضا.

فقالت المحكمة[5]، أن الخطأ المهنى الجسيم ليس أحد صور الغش لما بينهما من فارق جوهرى يتأدى فيما يتطلبه الغش من عنصر القصد الذى لا يفترض فى الخطأ الجسيم. والخطأ الجسيم فى نظر المحكمة هو ذلك الخطأ الذى لا يغتفر، وهو ذلك الخطأ الذى يبلغ حدا من الجسامة غير عادى وينجم عن فعل أو ترك ارادى.

ونظهر من ذلك أن الخطأ المهنى الجسيم الذى يحدده الحكم السابق يطابق الخطأ الذى لا يغتفر والذى يعرفه القانون الفرنسى والسابق لنا الاشارة اليه.

---

(١) استئناف مصر ٢٨/ ١١/ ١٩٥٠، المجموعة الرسمية س ٥١، ص ١١.
(٢) استئناف المنصورة ١٨/ ٦/ ١٩٥٣، محاماة س ٣٤، ص ١١١.
(٣) أحمد رفعت خفاجى، الخطأ المهنى الجسيم، محاماة س ٣٩، ص ٨٨.
(٤) نقض مدنى ٢٠/ ١٢/ ١٩٥٦ المجموعة الرسمية س ٥٦، ص ٣١٩.
(٥) محكمة استئناف الاسكندرية ٢٨/ ٤/ ١٩٥٧ محاماة س ٣٨، ص ٧٢٧.

وأن هذا الخطأ يشترط فيه أن يكون الفعل أو الترك اراديا مقرونا بالتوقع والادراك ومن درجة جسامة معينة ومجردا من أى مبرر.

وبهذا نكون قد انتهينامن استعراض سلطة القاضى التقديرية فى مسألة الخطأ باعتباره أحد العناصر المكونة للمسئولية المدنية.

وننتقل الآن الى دراسة سلطة القاضى فى تقدير عنصر الضرر فى المسئولية المدنية.

المطلب الثانى

تقدير القاضى لعنصر الضرر

فى المسئولية المدنية

٢٦٣- لا يدخل فى دراستنا هنا بالطبع البحث عن تعريف الضرر باعتباره أحد العناصر المكونة للمسئولية المدنية، كما أننالا ندرس عناصر هذا الضرر فى ذاته، ولا ندرس الشروط الواجب توافرها فيه أو أنواعه، فمحل ذلك هو المراجع العامة والمتخصصة.

وانما دراستنا تهدف أساس الى بيان سلطة القاضى التقديرية فى وزن والتحقق من قيام هذا الضرر. وهذا هو جوهر الدراسة فى هذا المطلب.

يواجه القاضى أول ما يواجه مسألة تقدير أو تحديد ماهية العناصر التى تشكل اعتداء على مصالح الافراد وبالتالى نكون ضررا مثيرا للمسئولية المدنية مستوجبا التعويض. والسؤال الذى يطرحه القاضى يدور حول تحديد العناصر المكونة للضرر وفقا للقانون.

ومحكمة النقض الفرنسية تضع قاعدة عامة فى هذا المجال مؤداها أن القضاة ليسوا أحرارا فى تحديد ما يعتبر من سلوك المعتدى مكونا ضررا مستوجبا للتعويض، لأنه فى منح القضاة سلطة مطلقة فى تحديد السلوك

المعتبر ضارا ما يؤدى الى احتمال استبعاد اعمال المبادئ القانونية التى تحكم هذا الموضوع[1].

وسنعود الى توضيح موقف محكمة النقض الفرنسية فيما بعد.

ويرى بعض الفقه أن هناك العديد من العناصر الذاتية التى توجد مؤثرة فى تحديد مفهوم الضرر المستوجب للمسئولية. ومن ذلك أنه يكفى فى بعض الحالات فحص الاعتداء المولد للضرر لكى نكتشف بطريقة موضوعية، أن هذا الاعتداء يتأثر ببعض الخصائص الذاتية الشخصية، كالخصائص النفسية، أو الخصائص العقلية، أو المهنية. وحتى اذا أخذنا فى الاعتبار كل هذه المسائل، فان تقدير القاضى للضرر لا يمكن أنيتم بصورة مجردة أوموضوعية بصفة مطلقة ودائما.

كما أن تقدير الضرر لا يمكن أن يتم بصورة ذاتية أى طبقا للمعيار الشخصى وذلك بصورة دائمة وبلا أى قيود. فلا يمكن القول بضرورة أن يأخذ القاضى فى تقديره وفى جميع الأحوال بالاعتبارات النفسية والمصالح التى يعلق عليها الشخص اهتمامات ذاتية خاصة، لكى يقدر القاضى معنى ومضمون الضرر الواقع على هذه المصالح. مثل هذا الاتجاه لو وجد فانه يفتح الباب أمام عدم الانضباط وأمام التحكم[2].

٢٦٤- والواقع أن سلطة القاضى ازاء تقدير عنصر الضرر فى نطاق المسئولية المدنية يجب أن تأخذ فى الاعتبار عنصرين متعارضين :

- العنصر الأول يتكون من الحالة المتولدة من الفعل الضار.

---

(١) - Cass. civ. 12 - 10 - 1946. j. c. p. 1946 - II -3348.
- Cass. civ. 28 - 10 - 1954. Gaz. pal. 1955 - I - 10.
- Cass. civ. 15 - 1 - 1957 - I - 161.

(٢) - Stard: Essai d'une théorie eénérale de la responsabilité civile. Thèse. Paris, 1947. p. 400.

- العنصر الثانى ويتكون من الحالة التى كانت توجد بالفعل لو لم يقع الفعل الضار.

وهناك عنصر ثالث يجب أن يأخذه القاضى فى تقديره وهو عنصر الزمن. فهذا العنصر يؤثر فى بعض الأحوال على فكرة الضرر، بحيث يتصور تفاقم الضرر أو زواله بمرور الزمن.

ويلاحظ أن كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة من الممكن أن يتأثر بدرجة أو بأخرى بالمعطيات الذاتية أو العناصر الشخصية للأفراد. فمثلا الحالة التى قد يوجد فيها المضرور، لحظة وقوع الضرر قد تختلف بحسب قدرته الذاتية على تلقى هذا الضرر. مثال ذلك مريض القلب الذى يتأثر لأقل صدمة، يختلف عن شخص سليم قد يتحمل ضرر معين لا يتحمله الأول. وأيضا فكرة الزمن التى يأخذها القاضى فى تقديره قد تتأثر باعتبارات ذاتية أو شخصية، فمدة الاصابة يختلف أثرها بحسب ما اذا كان المصاب عجوزا أو شابا، أو كان شخصا مريضا.

مثل هؤلاد الأخاص بالنظر الى عناصر ذاتية قائمة بأشخاصهم يتأثرون على وجه مختلف بالضرر الواقع عليهم، وذلك فى الأحوال التى يكون نوع الضرر فيها واحدا.

ويلاحظ بصدد هذه الحالات الأخيرة أن العناصر الذاتية القائمة فى شخص المضرور تؤثر فى الضرر الذى أصابه، ولكن ذات هذه العناصر لا تتدخل اطلاقا فى احداث الضرر ذاته.

وبناد على ذلك، وللتوصل الى بيان كيفية قيام القاضى بتقدير عنصر الضرر، يجب علينا أن ندرس بالتفصيل الأحوال التى تؤثر ولا تؤثر فيها العناصر الذاتية أو الشخصية القائمة فى شخص المضرور على احداث الضرر.

٢٦٥- تؤثر بعض الخصائص الذاتية فى الشخص على الضرر الحادث

دون أن تتدخل فى احداثه، فهل يجب على القاضى أن يأخذ فى اعتباره هذه الخصائص لتقدير الضرر، أم بالعكس يتجرد منها؟.

يرى بعض الفقه أنه يجب الاعتداد بهذه الخصائص الذاتية التى تؤثر فى الضرر، وذلك فى أحوال الخطأ العمدى فقط. أى يجب على القاضى أن يقدر الضرر فى هذه الحالة اعمالا للمعيار الذاتى أو الشخصى لكفالة حماية المضرور[1].

ومن جهة أخرى فان تقدير القاضى يجب أن نيكون مجردا فى أحوال المسئولية لاقائمة على مجرد تحمل التبعة.

كما زنه يجب على القاضى أن يجمع فى تقديره بين عناصر التقدير الشخصى، والتقدير الموضوعى فى أحوال الخطأ غير العمدى.

ومع ذلك يذهب البعض الى أن تقدير الضرر فى مثل هذه الأحوال يجب أن يتم وفقا للمعيار الذاتى الذى يأخذ فى الاعتبار كافة العناصر الذاتية اللصيقة بشخص المضرور، والتى من شأنها أن تؤثر فى الضرر دون أن تساهم فى احداثه.

وعلى ذلك قضت بعض الأحكام الفرنسية بأن الضرر يجب أن يقد أخذا فى الاعتبار لجميع المعطيات الشخصية والذاتية التى تزيد أو تنقص من جسامة الضرر الحادث.

ولا شك أن هذه العناصر الذاتية قد تضع المضرور فى مركز جيد أو فى مركز سيئ عن مركز الشخص العادى الذى لا تتوافر لديه ظروف خاصة يتعين أخذها فى الحسبان. ومن جهة أخرى فان المستفيد أو المضرور من هذه الطريقة فى التقدير قد يكون هو الضحية أو محدث الضرر.

ومثال للظروف الشخصية التى يجب على القاضى أخذها فى الإعتبار،

---

(١) - Bettremieux: Esai historique et eritique sur le fondement de la responsabilitè civile. Thèse. Lille. 1921 p. 406.

تلك الظروف التى تحيط بمركز المضرور فيما لو لم يقع الحادث الضار، أى مركزه قبل وقوع الضرر. بعض هذه الظروف يكون لها طابع اجتماعى، مثال ذلك المضرر من حادث سيارة، هذا الشخص يجد نفسه عاجزا عن العمل، هنا لا يستطيع القاضى تقدير الضرر الذى أصابه دون أن يأخذ فى الاعتبار مركزه وظروفه الاجتماعية قبل حدوث الضرر. وعلى ذلك يجب أن يؤخذ فى الاعتبار ظروف المضرر المهنية، العائلية، الرياضية، الظروف المتعلقة بالسمعة الشخصية[1].

٢٦٦- كل ما سبق لا يستبعد ضرورة أن يأخذ القاضى فى اعتباره أيضا الضروف الداخلية الخاصة بالاشخاص وذلك عند قيامه بتقدير عنصر الضرر. ومن أمثلة الظروف الداخلية تلك الأحوال التى يؤدى فيها الفعل الضار الى احداث تضخيم لحالة مرضية كانت موجودة قبل وقوعه.

وفى مثل هذه الحالة يكفى القاضى لتقدير الضرر أن يقارن الحالة السابقة والحالة اللاحقة للمضرور.

ومن جهة أخرى لا يجب على القاضى أن يغفل و اقعة أن هذا المضرور ذاته قد تتأثر حالته حتى لو لم يقع الفل الضار، وأن هذا التأثير قد يكون ايجابيا أو سلبيا. بمعنى أنه يجب على القاضى فى تقديره أن يفصل بين تأثير الحادث على الملابسات الذاتية للمضرور، وأثر هذه الظروف الخاصة على الضرر ذاته من جهة، وبين مجرد مرور الزمن وحده، وبفرض عدم حدوث الظرر، واثره على ظروف الشخص الخاصة، وذلك حتى يتوصل الى التقدير الصحيح لعنصر الضرر[2].

---

(١) - Paris: 24 - 11 - 1956. Gaz. pal. 1957 - I - 19.
- Paris: 19 - 12 - 1958. Gaz. pal. 1959 - I - 1824.
- Cass. civ. 13 - 6 - 1959. D. 1959 - 61.
- Paris: 13 - 12 - 1956. Gaz. Pal. 1957 - I - 85.

(٢) - Cass. civ. 16 - 2 - 1961. Gaz. pal. 1961 - I - 400.
- Cass. civ. g - 7 - 1954. D. 1954. 627.
- Paris. 30 - 10 - 1940. Gaz. pal. 1940 - 2 - 253.

ومن جهة أخرى يجب أن يؤخذ فى الاعتبار كافة الظروف الخاصة بالمضرور وذلك عند تقدير القاضى للضرر الحادث، وذلك فى الاحوال التى يكون من شأن هذه الظروف الخاصة التأثير على مركز المضرور بعد وقوع الضرر(١).

وبعد ذلك فانه من الهام استعراض الأحوال التى تؤثر فيها الظروف الشخصية للفرد فى تحقق الضرر وهذا ما نفرد له الفقرة التالية.

٢٦٧- فى مثل هذه الأحوال فان الظروف الخاصة بالمضرور قد تؤدى الى المساهمة فى احداث الضرر، وهنا تلعب هذه الظروف دورا سببيا.

هذا الدور السببى الذى يؤدى اليه الظرف الخاص بالمضرور يتمثل فى أشكال متعددة:

١- مثال ذلك قد يتوافر لدى المضرور ملابسات شخصية تمنح الفعل الضار تأثيرا عضويا معينا، وعلى ذلك فمريض القلب الذى يموت على أثر الفعل الضار، هذا المرض أعطى فعالية خاصة، فى هذه الحالة بالذات، لهذا الفعل أدت الى موت المريض.

٢- أيضا الشخص الذى يصير أعمى وكان من قبل الحادث الضار فاقدا لعين واحدة، نجد أن استعداده للعمى أثر على الفعل الضار فجعله مؤديا بالفعل للعمى الحاصل.

وعلى ذلك يمكن القول أن الضرر الحاصل فى هذين المثالين كان نتيجة مباشرة لظرف شخصى قائم من قبل وقوع الفعل الضار، وكل ما أحدثه الفعل الضار أنه كان سببا غير مباشر لهذه النتيجة.

واذا كان الضرر الذى يجب التعويض عنه هو الضرر العادى، أى الضرر المتوقع حدوثه، فانه يجب النظر فى ذلك الى التسلسل السببى للحدث

---

(١) - Douai. 15 - 5 - 1962. Gaz. pal. 1963 - I - 162.

الضـار الذى ينشـأ عـقب الفـعل الضـار ذاته، وبالتـالى لا يـجـوز الأخـذ فى الاعتبار لظرف شخصى كان موجودا قبل الفعل الضار. ولكن مرض القلب فى المثال السابق لا يعتبر غريبا عن التسلسل السببى للفعل الضار. لأن هذا الأخير يقدر بالمعيار الشخصى، وبالتالى يجب أخذه فى الحسبان.

وبناء على ذلك يتـعين على القـاضى أن يأخـذ فى اعـتـبـاره التـقـدير الشخصى عندما يتصدى لتقدير عنصر الضرر فى نطاق المسئولية المدنية.

هذا هو الجهد الذى يقوم به القاضى فى تقدير الضرر، وبصدده رأينا أن هذا التقدير يكون – كقاعدة عامة – تقديرا ذاتيا. ولكن هذا التقدير الذاتى لا يحول دون الاعتداد ببعض العناصر الموضوعية.

مثال ذلك، الأحوال التى يوجد فيـها ظرف مرضى خاص بالمضرور ويكون من شأن هذا الظرف التـأثير فى احداث الضرر، فـإن القاضى يقدر بطريقة موضوعية مجردة ما اذا كان من شأن هذا الظرف الخاص أن يؤدى الى الضرر الحادث بطريقة طبيعية وبالنظر الى الفعل الضار ذاته أم لا.

وننتقل الآن الى المطلب التالى والخاص بدراسة علاقة السببية بن الخطأ والضرر من زاوية اعمال القاضى لسلطته التقديرية ازاءها.

المطلب الثالث

تقدير القاضي لرابطة السببية في المسئولية المدنية

٢٦٨– نحن نبـحث فى هذا المكان مـسـألة اعـمـال القـاضى لسلطتـه التقديرية ازاء رابطة السببية فى نطاق المسئولية المدنية. ونريد فقط معرفة كيف يقوم القاضى بتقدير رابطة السببية هذه. وبناء على ذلك فنحن نستبعد الجدل الفقهى القائم حول ما اذا كانت رابطة السببية هذه تربط بين الخطأ

والضرر، أم أنها تربط بين الفعل والضرر. فمن المعروف أن أساس المسئولية المدنية يتراوح فى الفقه بين اتجاهين:

الأول يرى أن أساس المسئولية المدنية يقوم على الخطأ.

والثانى يرى أن هذا الأساس يقوم على فكرة تحمل التبعة أو الضمان، أو التكافل الاجتماعى.

كل هذه المسائل تعتبر مستبعدة من نطاق بحثنا، لأن كل ما نريه هو الكشف عن الكيفية التى يقوم بها القاضى لتقدير قيام أو عدم قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

رابطة السببية هى العلاقة التى تقوم بين الخطأ والضرر، بحيث يكون الأول هو الذى ولد الثانى، والقاضى هو الذى يكشف عن هذه الرابطة. فالخطأ يجب أن يكون هو السبب فى الضرر، فاذا رجع الضرر الى سبب أجنبى انعدمت السببية.

وتنعدم السببية أيضا حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن هو السبب المنتج. كذلك تنعدم السببية اذا كان السبب منتج فى احداث الضرر ولكنه لم يكن هو السبب المباشر.

وعلى ذلك يتحدد نطاق التقدير الذى يقوم به القاضى لرابطة السببية فهو يبحث المسائل التالية.

١- وجود رابطة سببية بين الخطأ والضرر.

٢- كون هذه السببية مولدة للضرر أى منتجة، وكون هذا الضرر مباشرا.

فمن المعروف أن الاسبب الأجنبى على سبيل المثال يعدم السببية ويعدم فى الوقت ذاته نسبة الخطأ الى المسئول. فاذا وجد السبب الأجنبى انعدم

ركنان فى المسئولية: ركن الخطأ وركن السببية[1]. والواقع أننا نرى هنا أن انعدام السببية لا يرتب انعداما موازيا للخطأ، لأن الخطأ طالما انه قد وقع فانه يظل قائما، ولكنه لا يرتب المسئولية، لأن رابطة السببية بينه وبين الضرر قد انقطعت، فيظل الخطأ قائما، ولكنه غير فعال أو غير منتج.

وفكرة السببية تعتبر مستقلة عن فكرة الخطأ، وهذا الاستقلال لا يظهر بجلاء عندما يكون الخطأ واجب الاثبات. ذلك أن المضرور عندما يكلف باثبات الخطأ، فانه يلجأ عادة الى اثبات خطأ يكون هو السبب فى احداث الضرر. ومن ثم فاثبات الخطأ يكون فى الغالب اثباتا لعلاقة السببية.

وعلى ذلك فتستر السببية وراء الخطأ لا يظهر بوضوح أنها ركن مستقل، وانما يتضح استقلالها فى الأحوال التى تقوم فيها المسئولية على خطأ مفترض زو خطأ مفروغ من اثباته، كمسئولية الحارس عن الحيوان، فى مثل هذه الحالة، الخطأ يكون مفروغا منه، ولا يكلف المضرور باثباته[2].

أما السببية فيمكن نفيها باثبات السبب الأجنبى.

وعلى أى حال وسواء كان الخطأ واجب الاثبات أو كان مفترضا، فان علاقة السببية بين الخطأ والضرر تكون دائما مفترضة. والمضرور هو الذى يقع عليه عبء الاثبات وعليه اثبات السبب الأجنبى فتنتفى علاقة السببية.

٢٦٩- وفيما يتعلق بنشاط القاضى فى تقدير قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فان هذا التقدير يقع فى نطاق تقديره للخطأ. وتقديره للضرر، وقد بحثنا هاتين المسألتين فيما مضى.

وتقدير القاضى لرابطة السببية هو عبارة عن نشاط ذهنى يقوم به

---

(١) السنهورى، الوجيز، جـ ١، ص ٣٥٢، هامش ٢.
- اسماعيل غانم، آثار الالتزام، ص ٧٠.

(٢) نقض مدنى ٢٠/ ١/ ١٩٥٨، مجموعة النقض، س ١٥، ص ٦٣١.

القاضى، وركيزة هذا النشاط الأساسية تتلخص فى بحث ما اذا كان هذا الخطأ بالذات يكون من شأنه توليد هذا الضرر بالذات بطريقة مباشرة أم لا؟.

أى أن القاضى يسأل نفسه عما اذا كان من طبيعة النشاط الخاطئ الصادر من المسئولى توليد الضرر الحادث بطريقة مباشرة أم لا. والواقع أن تقدير رابطة السببية لا يتصور أن يتم الا بطريقة موضوعية مجردة. فاذا كان الخطأ بوجه عام يقدر تقديرا موضوعيا لا يستبعد أحيانا الأخذ فى الاعتبار ببعض العناصر الذاتية كما سبق القول، كما أن الضرر يقدر تقديرا ذاتيا ويأخذ فى الاعتبار أحيانا بعض العناصر الشخصية كما سبق القَوْل أيضا. فان تقدير رابطة السببية على العكس من ذلك وفى رأينا الخاص لا يتصور أن يتم الا بطريقة موضوعية عامة مجردة.

وتفصيل ذلك أن القاضى يبحث المسألة على الوجه التالى:

بفرض أن الخطأ قد قام بالفعل فى جانب المسئول، أى فى جانب الشخص الذى يتهيأ لأن يكون مسئولا، وبفرض أن الضرر قد ثبت تحققه، فيكون الأمر منصبا لعى بحث ما اذا كانت هناك علاقة سببية مباشرة ومنتجة بين الخطأ والضرر أم أن هذه الرابطة لا توجد؟.

هنا يقوم القاضى بالنظر الى الخطأ فى ذاته باعتباره أساسا لعملية المقارنة التى يقوم بها، وباعتباره مقدمة موضوعية مجردة. ثم ينظر الى الضرر الحادث فى ذاته وباعتباره هو أيضا مقدمة موضوعية مجردة، ويضع القاضى السوال التالى:

هل من شأن هذا الخطأ توليد هذا الضرر بطريقة مباشرة أم لا؟.

فاذا خلص القاضى بما له من سلطة تقديرية الى القول بالايجاب قامت رابطة السببية، والعكس صحيح.

ولكن كيف يصل القاضى بالفعل الى هذه النتيجة؟.

هنا يوجد مكمن الصعوبة، لأننا هنا نتقتحم عقل القاضى ونعمل فى بؤرة نشاطه العقلى. لأن القاضى لكى يصل الى هذه النتيجة يجب عليه، فى الواقع أن يدخل فى الاطار الداخلى لعنصر التعدى فى ركن الخطأ ذاته، لكى يرى هل من شأن التعدى الحاصل من محدث الضرر أن يولد مثل هذا الضرر أم لا؟ وهل يتولد هذا الضرر من مثل هذا التعدى بطريق مباشر أم لا؟ أى أن القاضى يبحث مسألة ما اذا كان من طبيعة التعدى الحاصل فى ذاته أن يولد مثل الضرر الواقع فى ذاته أم لا؟.

فاذا خلص الى أن التعدى الحاصل من طبيعته أن يولد مثل هذا الضرر بطريق مباشر، خلص فى نفس اللحظة الى قيام رابطة السببية. والعكس بالعكس.

ومن هنا قلنا أن تقدير القاضى لقيام رابطة السببية هو تقدير موضوعى مجرد، وان كل الخطأ والضرر يداخل تقديرهما عناصر شخصية أو ذاتية.

٢٧٠- واثبات ما نقوله يتضح بجلاء حينما نستعرض رأى أنصار المسئولية القائمة على فكرة الضرر أو تحمل التبعة أو غير ذلك منتسميات. ففكرة السببية تكون واحدة سواء قامت المسئولية المدنية على فكرة الخطأ أم قامت على فكرة أخرى.

يرى أنصار نظرية تحمل التبعة [1]. أنه لكى تتحقق المسئولية المدنية فانه يجب أن تتوافر علاقة السببية بين الفعل المنشئ للمسئولية، وبين الضرر الذى حدث، فاذا انعدمت هذه العلاقة فلا محل للمسئولية.

وقد دار البحث حول تحديد عيار رابطة السببية وهل يكفى لتحقق هذه الرابطة أن تكون هناك علاقة بين الفعل الضار والضرر الحادث لمجرد كونه

---

(١) محمد نصر رفاعى، الضرر كأساس للمسئولية المدنية ١٩٧٨، ص ٣٣٣.

سببا مناسباب هذا الضرر، أم يجب توافر عنصر آخر، وما هو هذا العنصر؟[1].

فى هذا النطاق ذهب رأى الى القول بالاكتفاء بمجرد كون الفعل أحد الأسباب التى أدت الى احداث الضرر مهما كان هذا الفعل بعيدا. وبالتالى تتعادل جميع الأسباب التى أدت الى وقوع الضرر من حيث ترتيب المسئولية دون تمييز بينها، ما دام قد ثبت أنه لولا تدخل هذا السبب ما وقع الضرر. وهذه هى نظرية تعادل الأسباب.

وبالرجوع الى تحليلنا السابق نجد صداه بارزا فى هذه النظرية، ومظهر ذلك أن من طبيعة التعدى الذى يحتويه الفعل توليد الضرر الحادث، لَهذا تقوم رابطة السببية بين هذا الفعل مهما كان بعيدا وبين الضرر الحادث.

ولكن فى الاخذ بهذه النظرية ما يؤدى الى بعث الاضطراب فى مجال التجارة القانونية. لأن هذا الرأى يرتب المسئولية لعى أى فعل ضار مهما بعدت الشقة بينه وبين الضرر الحادث.

لهذا ظهر رأى آخر يعارض فكرة التعادل بين الأسباب وينادى بالوقوف عند السبب المنتج الملائم، أى السبب الذى يؤدى بحسب المجرى العادى للأمور الى مثل هذا الضرر الذى وقع، فيتحمل كل شخص النتائج الطبيعية لأفعاله ولا يسأل عن النتائج البعيدة وليدة الصدفة البحتة.

وهذه هى نظرية السبب المنتج أو المباشر أو الملائم[2].

وتحليلنا السابق يصدق تماما مع هذه النظرية فرابطة السببية تقوم اذا

(١) محمود نجيب حسنى. رابطة السببية فى قانون العقوبات، رسالة ١٩٥٢، ص ٦٥.
(٢) محود نجيب حسنى، المرجع السابق، ص ١١٩.
- Rodier: la responsabilité civile. p. 35.
- Mzaud: Traité de la responsabilité civile. T. 2 p. 534.
- Carbonnier: le droit civil. Tome. 4. 1972 p. 324.

كان الفعل غير المشروع يكون من شأنه أن يؤدى وفقا لمجرى العادى للأمور الى امكان وقوع مثل هذه النتيجة الضارة.

فالقاضى عند تقديره لفكرة أو لرابطة السببية ينظر فى اتجاهين:

– اتجاه داخلى، داخل عنصر التعدى أو عدم المشروعية فى الفعل الخاطئ، ليرى هل من ذات طبيعة هذا التعدى أن يولد ذات الضرر الحادث أم لا؟.

– اتجاه خارجى، أى حسب المجرى العادى للأمور، وهل من شأن ذلك توليد الحدث الضار الذى أدى اليه النشاط المخطئ أم لا؟.

وكلا المعيارين نراهما معيارين موضوعيين يستخدمهما القاضى فى البحث عن قيام وانتاجية رابطة السببية.

هذا هو الجهد التقديرى الذى يقوم به القاضى فى البحث عن وجود وفعالية رابطة السببية فى نطاق المسئولية المدنية.

ونقوم الآن باستعراض سلطة القاضى التقديرية فى نطاق البحث عن السبب الأجنبى الذى يؤدى قيامه الى الاعفاء من المسئولية.

المطلب الرابع

تقدير القاضي لقيام وفعالية السبب الأجنبي

٢٧١- تنص المادة ١٦٥ من القانون المدنى المصرى على أنه : «اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لايد له فيه، كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك.

ونبدأ أولا بتحديد نطاق دراستنا، فهى تنصب فقط على كيفية قيام القاضى بتحديد قيام السبب الأجنبى، وأثر هذا الأخير على قيام المسئولية المدنية. وعلى ذلك فنحن لاندرس أنواع الأسباب المعفية من المسئولية، ولاشروطها ، ولاجميع نتائجها.

فالقوة القاهرة على سبيل المثال تعتبر وفقا لنص المادة ١٦٥ مدنى مصرى سببا معفيا من المسئولية لأنها تعدم رابطة السببية بين النشاط والحدث الضار.

وتقدير القاضى لقيام القوة القاهرة هو تقدير موضوعى مجرد لايأخذ فى الحسبان عناصر ذاتية أو شخصية متعلقة بشخص الفرد. فكون القوة القاهرة يشترط فيها أن تكون غير متوقعة فعدم امكان التوقع يتم بطريقة مجردة لاينظر إلى جانب المدين، بل تقدر وفقا للشخص الحريص.

وعدم امكان التوقع يجب أن يكون مطلقا لانسبيا وهذا هو معنى المعيار الموضوعى فى هذا المجال.

وفى رأينا فإن الاطلاق الذى يوصف به عدم التوقع يجب أن ينصرف إلى الوسائل التى عن طريقها يتم توقع الحادث، ولايجب أن ينصرف إلى الحادث فى ذاته.

فوفقا لرأى حديث فى الفقه [1] ، أن جميع النتائج من الممكن أن

---

(1) J.Hauser: objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique Thèse, Paris 1969 p. 80.
Hauser: La Situation précontactuelle. dact . Bordeaux, 1977. p. 60.

تكون متوقعة، أو يمكن التوصل اليها، ولكن عدم التوقع أو الاستحالة يجب أن تنصرف الى وسائل التوصل الى هذه النتائج، أو هذه التوقعات.

وبناء على ذلك فكون القوة القاهرة كسبب من أسباب الاعفا من المسئولية يجب أن تكون غير متوقعة بصورة مطلقة، فان ذلك يجب أن يفهم على أساس أن وسائل التوقع تكون قاصرة عن أن تدلنا على امكانية حدوث الحدث المكون للقوة القاهرة. وهذا أمر متروك لسلطة القاضى التقديرية. وعلى ذلك فاذا أثبت المدين أن الضرر الحادث كان وليد قوة قاهرة لا يستطيع دفعها لأن وسائل توقعها كان يستحيل عليه ادراكها بسبب قصور أدوات العلم المعاصر عن كشف هذه الوسائل فانه يمكن اعفائه من المسئولية فى مثل هذه الحالة.

فالأمر يتعلق فى الواقع بنقل عبء الاثبات، فبدلا من اثبات استحالة توقع الحادث القهرى، فان المدين يثبت استحالة معرفته لوسائل توقع هذا الحادث.

ويقوم القاضى أيضا بتقدير مدى استحالة وسائل دفع هذه القوة القاهرة ليرى هل كان فى الامكان التوصل الى وسائل لدفع هذه القوة القاهرة، أم أن هذه المكنة كانت مستحيلة استحالة مطلقة.

وهو يقدر أيضا أثر لاقوة القاهرة على استحالة تنفيذ الالتزام، فيجب أن تكون هذه الاستحالة مطلقة، وهو فى كل ذلك يستخدم المعيار الموضوعى الذى لا يعتد بالعناصر الذاتية اللصيقة بشخص المدين(1).

٢٧٢- ويعتبر خطأ المضرور واحد من أسباب الاعفاء من المسئولية، وذلك على أساس أنه سبب أجنبى يؤدى الى هذه النتيجة. والاصل أن خطأ

---

(١) نقض مدنى ١٠/ ١١/ ١٩٥٥ مجموعة النقض، س ٦، ص ١٤٧٣.
- نقض مدنى ٢٧/ ١٢/ ١٩٥٦ مجموعمة النقض، س ٧، ص ١٠٢٢.
- نقض مدنى ١٩/ ١١/ ١٩٥٩ مجموعة النقض، س ١٠، ص ٦٧٧.

المضرور يخضع لتقدير القاضى، ويقاس هذا الخطأ بالمعيار الموضوعى، على أساس أنه يشكل انحرافا فى سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص المعتاد.

وفى نطاق خطأ المضرور فان القاضى يبحث، استنادا الى المعيار الموضوعى، مسألتين:

١- ما اذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر أم لا؟.

٢- ما اذا كان يوجد خطأ مشترك أم لا؟

فالمعروف أن خطأ المضرور قد يشترك مع خطأ محدث الضرر فى بعض لاحالات، ويتصور أن يستغرق أحد الخطأين الآخر، فاذا حدث ذلك لم يكن للخطأ المشتغرق من أثر.

فاذا كان الخطأ المضرور هو الذى استغرق خطأ المسئول، فان مسئولية المسئول ترتفع لانعدام رابطة السببية ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر فى حالتين:

١- اذا كان أحد الخطأين يفوق كثيرا فى جسامته الخطأ الآخر. ويتحقق ذلك فى فرضين :

أ- اذا كان أحد الخطأين عمدى.

ب- اذا كان أحد الخطأين هو رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر.

٢- اذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر، فاذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المسئول، فان الخطأ الثانى يستغرق الخطأ الأول.

أما اذا كان خطأ المسئول هو نتيجة خطأ المضرور، فان خطأ المضرور هو الذى يستغرق خطأ المسئول، وبالتالى تتحقق المسئولية لانعدام رابطة السببية.

ولا شك أن جميع هذه المسائل تقتضى من القاضى القيام بعملية تقدير لا يمكن انكارها، وهو يعتمد المعيار الموضوعى أحيانا، ويعتمد المعيار الشخصى أحيانا أخرى اذا تعلق الأمر ببحث عناصر ارادية يجب الكشف عنها لتقدير مدى استغراق أحد الخطأين للآخر.

٢٧٣- واذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، بل اشترك كل منهما مستقلا فى احداث الضرر كان للضرر سببان: خطأ المسئول وخطأ المضرور، وهذا هو الخطأ المشترك. ويقصد بذلك قيام خطأين مستقلين أحدهما ارتكبه شخص والثانى ارتكبه الآخر.

فى مثل هذه الأحوال لا يتقاضى المضرور تعويضا كاملا، بل يتحمل نصيبه من المسئولية. ويقاس خطأ الغير فى هذا المجال بالمعيار الموضوعى أى الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد.

ونفس التحليل يعتبر صحيحا بالنسبة لخطأ الغير سواء كان هذا الخطأ هو وحده الذى أحدث الضرر، أم كان خطأ مشتركا مع خطأ المسئول.

واذا تعددت أسباب الضرر فيجب التمييز بين تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى، وتعدد الأسباب دون استغراق.

وفى كل هذه المسائل يقوم القاضى بتقدير دور كل سبب فى احداث النتائج الضارة المتولدة عنها.

المطلب الخامس
تقدير القاضي للتعويض
في نطاق المسئولية المدنية

٢٧٤- من الثابت أنه اذا لم يوجد نص أو اتفاق يقدر التعويض فان القاضى هو الذى يتولى تقديره. وقد حدد المشرع للقاضى مجموعة عناصر يجب أن يضعها فى اعتباره عند تقدير التعويض.

فالمادة ١٧٠ مدنى تنص على أنه: «يقدر التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة، فاذا لم يتيسر وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير».

وتنص المادة ٢٢١ مدنى بأنه: «اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أوبنص القانون فالقاضى هو الذى يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة لادائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد».

وأخيرا تنص المادة ٢٢٢ من القانون المدنى على أنه: «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا نحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب».

وداخل نطاق هذه المواد يتولى القاضى اعمال سلطته التقديرية. فبناء على فكرة عدالة التعويض يجب قصر التعويض فى نطاق المسئولية العقدية، فى حالة الخطأ اليسير، على تعويض الضرر الذى يمكن توقعه عادة وقت العقد. ويتولى القاضى بحث مسألة كون الخطأ يسيرا، وكون الضرر متوقعا وقت التعاقد.

وبصدد عملية التقدير هذه يقوم القاضى بفحص حسن نية المدين وعدم جسامة الخطأ، وتقدير لاقاضى للضرر المتوقع ينبى على الرغبة فى عدم الاثقال على المدين حسن النية والى توزيع الخسائر بين الدائن والمدين.

كما أن القاضى يأخذ فى اعتباره أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا يعنى سوء نيته اذ قد يستحيل عليه تنفيذ الالتزام أو يتأخر فى تنفيذه ويعجز عن اثبات السبب الأجنبى.

وبناء على كل هذه الاعتبارات يسأل المدين عقديا ولكن تقتصر مسئوليته لعى تعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت العقد[1].

٢٧٥- ويأخذ القاضى فى اعتباره أيضا عند تقدير التعويض أن طبيعة المسئولية العقدية ذاتها تقوم على التوقع، فكل متعاقد لا يتعاقد الا على أساس ما يتوقعه من مزايا من وراء العقد.

كذلك يأخذ المتعاقد فى اعتباره ما يتوقعه من اخفاق فى التنفيذ، وما يتوقعه من نتائج تقع على عاتقه. وبناء على ذلك فلا يتحمل هذا المدين بسبب عدم التنفيذ بتعويض أضرار لم يتوقعها وقت التعاقد. فالتوقع يعتبر من الخصائص الجوهرية للعقد، ولذلك فالمسئولية العقدية لا يجوز اعمالها الا فى حدود توقعات العقد[2].

---

(١) بشرى الجندى: خصائص مسئولية المدين العقدية، مجلة ادارة قضايا الحكومة، س ١٤. مارس ١٩٧٠، ص ٥١ مشار اليه فى ابراهيم الدسوقى، ص ٣١٠.

(٢) - A. Maurin. le rôle créature du juge p. 268.

- السنهورى. الوسيط جـ ١ ص ٥٠٠/ أنور سلطان، مصادر الالتزام ١٩٦٨. ص ٣١٤/ اسماعيل غانم، أحكام الالتزام ١٩٦٧، ص ٦٧.

والمشرع من جانبه يتدخل بنصوص تشكل اطارا لسلطة القاضى فى تقدير التعويض. من ذلك تنص المادة ١٦٤ مدنى على أنه: «يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز. ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه.

أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا فى ذلك مركز الخصوم».

والمسئولية الواردة فى هذه المادة هى مسئولية موضوعية تقوم على فكرة تحمل التبعة. والتعويض فى هذه الحالة يراعى فى تقديره أن يكون اقل من التعويض الكامل، كما تراعى فيه اعتبارات قد لا يتراعى فى التعويض العادى.

فيجوز رفض الحكم بالتعويض اذا لم يكن غير المميز قادرا على أدائه، ويجوز عند الاقتدار انقاص التعويض اعمالا لفكرة العدالة حتى يكون فى سعته اداؤه، كما يراعى فى كل ذلك مركز المضرور نفسه من الناحية المالية ومدى الضرر.

وتنص المادة ١٦٦ مدنى على أنه: «من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله، أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة».

وفى نطاق هذا النص يقوم القاضى بتقدير حدود تجاوز حق الدفاع الشرعى، ويزن مدى التجاوز الذى يطرأ فى نطاق هذه الحدود. والقاضى يأخذ فى اعتباره أن من تجاوز حدود الدفاع الشرعى قد دفع دفعا الى احداث الضرر بالمعتدى ولو بالقدر غير المقبول، على ذلك ففعله يخلو من الذنب أواللوم الأدبى، مما يستوجب الاعتدال فى التعويض الذى يلزم به فى هذه الحالة»[1].

(١) محمد ابراهيم الدسوقى، المرجع السابق، ص ٣١٦.
- السنهورى، الوسيط، جـ ١، ص ٨٨٨.

٢٧٦- وعند قيام القاضى بتقدير التعويض فهناك مجموعة من العناصر يأخذها فى اعتباره للقيام بهذا التقدير القضائى للتعويض. من هذه العناصر الاعتداد بالمركز المالى للطرفين.

فرغم ما توصى به نصوص القانون، وما استقر عليه الفقه من أن التعويض يجب أن يكون كاملا، فان القضاء استنادا منه الى سلطته المطلقة فى تقدير التعويض دون رقابة من محكمة النقض يتجه الى جبر الضرر بتعويض عادل دون التقيد بالتعويض الكامل وذلك عن طريق مراعاة الظروف الملابسة(١).

من ذلك مثلا أن القاضى يأخذ فى تقديره للتعويض بعين الاعتبار ثروة الطرفين. وذلك رغم أن المبدأ فى نطاق التعويض هو جبر الضرر وليس عقاب المسئول، فان الواقع العملى يشير الى أن القضاة يعتدون بثروة طرفى المسئولية عند تقدير التعويض(٢).

ويظهر ذلك بجلاء فى التعويض عن المسئولية الأدبية فهنا لا يتقيد القاضى بمعايير مادية حيث لا يتعلق الأمر بضرر مالى يقبل التقييم(٣).

ويتضح من ذلك بجلاء أن الظروف الملابسة فى مثل هذه الأحوال تجعل القاضى يأخذ فى اعتباره لتقدير التعويض فضلا عن جسام الخطأ كل ظرف آخر من ظروف التخفيف أو التشديد. وهذه الظروف اذا لم تتوافر فى جسامة الخطأ، فانها لا تتصور الا فى مدى ثروة المسئول والمضرور(٤).

٢٧٧- والى جانب الاعتداد بثروة الطرفين فان القضاء يأخذ فى الاعتبار بساطة الخطأ كعامل من عوامل التخفيف والاعتدال فى تقدير التعويض.

---

(١) حسن عكوش، المسئولية العقدية والتقصيرية ١٩٧٠، ص ٥٩٦.

- محمد نصر رفاعى، الضرر كأساس للمسئولية المدنية، ص ٣٣١.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ١، ص ١١٠٠.

(٣) - Savatier: la responsabilité civile - 1951. T. 2. p. 700.

- Savatier: Le dommage mortel et responsabilité civile. Rev. Trim. de droit civil. 1938. p.l 187.

والواقع أن التعويض الكامل لم يعد هو الشكل الضرورى لجبر الضرر. فالمشرع والأطراف والقضاء يعرفون اليوم جبرا للضرر عن طريق صور أخرى للتعويض لا تبلغ التعويض الكامل، ولا تجد معيارها فحسب فى مدى الضرر الذى لحق بالمضرور، ولكن فى اعتبارات أخرى اجتماعية أو متعلقة بالعدالة.

وعلى ذلك فالتعويض العادل يفترض فيه أن يكفى تماما بارادة القانون، أو الأطراف، أو بحكم القضاء لجبر الضرر. ولا يجوز للمضرور فى جميع هذه الصور أن يحتج بأنه لم يحصل على تعويض كامل أو أن التعويض العادل لا يغطى كل الضرر.

ويمكن القول أن التعويض الكامل لم تعد له قيمة المبدأ. والواقعَ أن المشاركة فى تحمل الأضرار بين المضرور والمسئول والتى يأخذها القاضى فى اعتباره تجد تبريرها فى العديد من الاعتبارات منها:

١- التوسع فى المسئولية عن طريق التحرر من اللوم الأخلاقى للفعل الضار.

٢- أن الخطأ اليسير أصبح اليوم مما لا يمكن تحاشيه فى ظل المجتمع الصناعى.

٢- أن التعويض الكامل من شأنه أن يكون مرهقا لمن يباشرون نشاطا ضروريا ونافعا فى المجتمع.

٤- أن عدالة التعويض هى ضريبة كفالة التعويض.

٥- أن المساواة بين الخطأ اليسير، والخطأ الجسيم، بتقرير تعويض موحد هو التعويض الكامل من شأنه الغاء أى حماية للقاعدة الأخلاقية فى اطار المسئولية المدنية.

٢٧٨-وأخيرا فانه من المهم أن نتناول الآن أثر جسامة الخطأ فى تقدير التعويض.

سبق القول أن قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع فى حالة الخطأ اليسير يجد تفسيره فى فكرة عدالة التعويض.

أما حيث يرتكب المدين غشا أو خطأ جسيما فان من شأن ذلك الزامه بالتعويض الكامل الذى لا يقتصر على الضرر المتوقع بل يشمل أيضا الضرر غير المتوقع كما هو الشأن فى المسئولية التقصيرية.

ويقوم القاضى بتقدير التعويض فى مثل هذه الحالة آخذا فى الاعتبار قيام الغش أو الخطأ الجسيم، فالذى يرتكب الغش يبتعد عن دائرة العقد أويدخل فى نطاق المسئولية التقصيرية حيث لا يجوز الاتفاق على تحديد التعويض.

وعلى ذلك ففى حالة الغش أو الخطأ الجسيم تستند المسئولية الى فكرة الذنب أو اللوم الأدبى، فان التعويض العادل يستبدل بالتعويض الكامل. وبذلك يجمع التعويض بين الوظيفة الاصلاحية والوظيفة الرادعة.

وتحليل ذلك داخل نطاق عملية التقدير التى يقوم بها القاضى يستند على أنه متى أصبح من الممكن وصف عدم التنفيذ، وهو فى الأصل فكرة موضوعية مجردة، بأنه يتضمن فى ذات الوقت خطأ عمدا، أو خطأ جسيما. فان هذه الجسامة للخطأ يجب أن تدخل عنصرا شخصيا فى التعويض. فتسمح بذلك بالتفرقة بين مدين وآخر حسب ما اذا كان قد ارتكب غشا أوخطأ جسيما فى تنفيذ التزامه أو كان مسلكه مجردا من ذلك(١).

والخلاصة فى هذا المجال أن القاضى يجرى تقديرا موضوعيا يحدد به أن التنفيذ قد حدث اخلال به، ثم يجرى تقديرا ذاتيا يحدد به قيام الغش أوعدم قيامه، وينتهى الى تحديد مبلغ التعويض على ضوء كل ذلك.

٢٧٩- وفيما يتعلق بأثر جسامة الخطأ فى المسئولية التقصيرية على سلطة القاضى فى تقدير التعويض، فان الذى يهمنا دون دخول فى التفاصيل هو بيان سلطة القاضى التقديرية فى تقديرا التعويض فى هذه الحالة.

السؤال الهام فى هذا المجال هو: هل تعد جسامة الخطأ عنصرا منعناصر

---

(١) محمد اباهيم الدسوقى، ص ٤٥٠.

- محمد نصر رفاعى، ص ٣٥٠.

التعويض يقبل التقييم، شأنها شأن بقية العناصر الأخرى كالخسارة الواقعة والكسب الفائت، أما أنها مجرد عامل للتشديد أو التخفيف من تقدير التعويض بكل عناصره؟.

يرى البعض أن جسامة الخطأ لا تقبل التقييم المادى استقلالا عن العناصر الأخرى للتعويض، ولكن وسيلة القضاء لاعمال وظيفة الردع بمناسبة الخطأ الموصوف هى التعويض الكامل فذلك هو مناط مشروعية الردع، اذ أن جسامة الخطأ وحدها قد تؤدى الى تجاوز التعويض لمدى الضرر، كما أنه مما يتنافى مع القاعدة الأخلاقية أن يتقاضى المضرور من المسئول ثمن جسامة الخطأ استقلالا عن الضرر.

واذا كان القاضى يلتزم بمراعاة جسامة الخطأ فى تقدير التعويض، فما هى وسيلة الرقابة عليه فى هذا الالتزام من محكمة النقض، خاصة وأن التعويض يتعلق بسلطة قاضى الموضوع التقديرية؟.

يجب على القاضى – اجابة لهذا السؤال – أن يشير فى أسباب حكمه بعد أن يبين الضرر الذى لحق بالمضرور ووقوع الخطأ الذى سبب الضرر، وأنه قد أخذ فى اعتباره عند تقدير التعويض مدى جسامة الخطأ.

وبذلك تدخل جسامة الخطأ فى ذلك الالتزام الذى يقع على عاتق القاضى بذكر عناصر التعويض فى حكمه(١).

أما مدى التشدد فى التعويض حسب جسامة الخطأ، فانه يظل مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.

٢٨٠– وفى الحالات التى يكون فيها خطأ المسئول مفترضا كمسئولية حارس الأشياء أو الحيوان، وفى أحوال المسئولية الموضوعية القائمة على

---

(١) نقض مدنى ٢٨/ ١٠/ ١٩٦٥ مجموعة النقض، س ١٦، ص ٩٣٩.
– نقض مدنى ٨/ ١١/ ١٩٦٦ مجموعة النقض، س ١٧، ص ١٩٢٩.
– نقض مدنى ٢٨/ ١٢/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١٩٤٣.
– نقض مدنى ٣٠/ ٤/ ١٩٦٤ مجموعة النقض، س ١٥، ص ٦٣١.
– نقض مدنى ٢١/ ٥/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ٩٦٧.

الضرر، فان الأساس الذى يستند اليه القاضى فى التشد فى التعويض يكون مرجعه الى التقدير الذاتى أو الشخصى لمسلك المسئول، ومدى ما صدر عنه من انحراف أو عمد أو رعونة طائشة صاحبت وقوع الفعل الضار، وكانت مقرونة بتوقع الضرر أو تعمده.

وقد يتعدد المسئولون عن العمل غير المشروع، بأن ينسب الى كل منهم خطأ ساهم فى احداث ذات الضرر، وعندئذ فهم جميعا متضامنون فى المسئولية.

وتنص المادة ١٦٩ مدنى على أنه: «اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم».

هنا توجد رخصة، أو سلطة تقديرية للقاضى لتقسيم التعويض بين المسئولين بغير تساوى فيما بينهم.

وبديهى أن أساس التقسيم فى هذه الحالة لن يكون سوى مدى جسامة الخطأ[(١)].

٢٨١- ومن جهة أخيرة فان جسامة الخطأ تؤثر أيضا فى تقدير التعويض فى أحوال الضرر الأدبى.

ان الضرر الدبى فى العصر الحديث يختلط فى غالب الأمر بضرر مادى يتمثل فى نقص القدرة على الكسب بسبب تأثر الأحوال العصبية والنفسية للانسان مما ينعكس بالتالى على طريقة سلوكه فى كل شئونه المادية الاخرى.

والقاضى وهو بصدد تقدير التعويض عن الضرر الأدبى، خاصة وأن هذا التقدير لا تحكمه معايير مادية، لا يستطيع أن يفصل بين شعوره الشخصى وشعور المضرور تجاه المسئول، ولعى ذلك فان درجة جسامة الخطأ تلعب دورا هاما، بل وأكثر أهمية فى حالات التعويض القضائى

---

(١) محمد ابراهيم الدسوقى، ص ٤٦١.

الأخرى. فالقاضى يسترد فى هذه الحالة حريته المطلقة فى التقدير التى يفتقدها فى تعويض الضرر المادى.

وبهذا ينتهى هذا الفصل الذى كرسناه لدراسة سلطة القاضى التقديرية من الناحية التطبيقية فى نطاق القانون المدنى بالمعنى الضيق.

وننتقل الى الفصل الثانى من هذا الباب والخاص بدراسة سلطة القاضى التقديرية من الناحية التطبيقية فى نطاق قانون المرافعات.

الفصل الثاني
دراسة تطبيقية لسلطة القاضي التقديرية
في نطاق قانون المرافعات

٢٨٢- منذ بداية هذا البحث كان تركيزنا الأساس ينصب على أيضاح زن هذه الدراسة ليست دراسة وصفية أو شكلية، ولكنها دراسة تنصب على جوهر العمل القضائى من حيث أنه حسم للمنازعات بقرار قضائى له قوة التأكيد القانونى.

ومن هنا كانت الدراسة السابقة، وبناء عليها تكون هذه الدراسة الحالية، دراسة سلطة القاضى التقديرية من الناحية التطبيقية فى نطاق قانون المرافعات جوهرها يتفق مع دراسة هذه السلطة فى أى فرع من فروع القانون العام أو الخاص: فسلطة القاضى التقديرية تكون واحدة من حيث مضمونها فى جميع الحالات.

أما مداها أو نطاقها فيختلف من فرع الى آخر من فروع القانون. وينشأ ذلك من واقعة قيام المشرع بافساح المجال لاعمال القاضى لسلطته التقديرية، أو من قيامه بتقييد هذه السلطة.

ودراسة التقدير القضائى فى نطاق قانون المرافعات يعطينا الفرصة لتقدير المفهوم الحقيقى للفكرة الثابتة بأن قانون المرافعات هو قانون شكلى، بمعنى أن المشرع حدد الاجراءات ورتب ليها آثارا محددة، وبالتالى لا سلطة للأفراد أو القاضى أزاء هذه الاجراءات من حيث اتخاذها، أو توليد آثارها. فالشائع هو القول بأنه يكفى أن يتخذ الأفراد الاجراءات المنصوص عليها فى القانون، بالشكل المحدد لذلك، فتتولد الآثار المحددة لذلك من قبل بواسطة المشرع. وهذه الدراسة تتولى تقييم هذه المقولة بخصوص القاضى. وبالاضافة الى ذلك فدراستنا هذه توضح بجلاء مدى الصلة الوثيقة التى توجد قائمة بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الاجرائية وذلك حينما يخترق

التقدير القضائى الفواصل الشكلية التى تفصل القاعدتين، بحيث يوحد التقدير بين ما هو اجرائى وما هو موضوعى من قواعد القانون، ويظهر بجلاء أن فكرة القانون واحدة، وما التقسيمات الموجودة الا تقسيمات مدرسية لمسألة هى فى جوهرها واحدة.

ومن جهة ثالثة فسلطة القاضى التقديرية فى نطاق قانون المرافعات تضع تحت الضوء العمل الخلاق الذى يقوم به القاضى عن طريق اعماله الجيد لسلطته التقديرية وذلك فى سبيل منح الحماية القضائية التى بدونها تكون القاعدةالموضوعية عاجزة عن اعمال الفعالية الكامنة فيها، واشباع مصالح الخصوم.

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل الى المباحث التالية:

المبحث الأول: اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مجال الادعاء.

المبحث الثانى: اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى نطاق سير الخصومة.

المبحث الثالث: اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مرحلة اصدار الحكم.

المبحث الرابع: اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مرحلة التنفيذ الجبرى.

والى الدراسة التفصيلية لكل هذه المسائل.

المبحث الأول
اعمال القاضى لسلطته التقديرية
فى مرحلة الادعاء

٢٨٣- يقصد بمرحلة الادعاء فى دراستنا هذه المرحلة التى يتصل فيها القاضى بالدعوى، فتوجه الشخص الى قلم الكتاب ودفع الرسوم وقيد الدعوى وتحديد جلسة لنظرها، وقيام المحضر بعملية الاعلان، كل هذه المراحل لا تهمنا فى البحث الحالى، لأنها مراحل سابقة على اتصال القاضى بالدعوى.

ولا يغير من هذا التحديد امكانية تصور الالتجاء الى قاضى الأمور الوقتية لتذليل بعض عقبات تنشأ فى هذه المرحلة. وانما نحن نركز أنفسنا فى مرحلة اتصال القاضى بالادعاء يوم الجلسة المحددة لنظره، وذلك من أجل دراسة التطبيقات العملية لسلطة القاضى التقديرية.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى المطالب الآتية:

المطلب الأول: تقدير القاضى لمسألة اختصاصه.

المطلب الثانى: تقدير القاضى لمسألة قبول الادعاء.

المطلب الثالث: تقدير القاضى لنطاق الادعاء المطروح أمامه.

المطلب الرابع: تقدير القاضى لمضمون الادعاء ونوع الحماية القضائية المطلوبة.

ونفصل ما أجملناه فيما يلى من دراسة تحليلية.

المطلب الأول

تقدير القاضى لمسألة اختصاصه

بنظر النزاع

٢٨٤- دراسة اعمال القاضى السلطته التقديرية بصدد مسألة الاختصاص تقتضى أن يكون واضحا فى الأذهان ان الاختصاص القضائى ينظر اليه من زوايا أربع:

هى الاختصاص الوظيفى، والاختصاص النوعى، والاختصاص القيمى، وأخيرا الاختصاص المحلى، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فالاختصاص النوعى له من الشمول بحيث يجب افراد دراسة خاصة لسلطة القاضى التقديرية ازاء تحديده أو تقديره لاختصاصه النوعى.

فالمعروف أن هناك اختصاص نوعى لقاضى الأمور المستعجلة. وهناك اختصاص نوعى لقاضى الأمور الوقتية، واختصاص نوعى لقاضى العمال، واختصاص نوعى لقاضى التنفيذ. بل ان هناك اختصاصات نوعية لمختلف طبقات المحاكم، لهذا يجدر بنا تقسيم الدراسة التحليلية لهذا المطلب الى الفروع الآتية:

الفرع الأول: تقدير القاضى لاختصاصه الوظيفى.

الفرع الثانى: تقدير القاضى لاختصاصه القيمى.

الفرع الثالث: تقدير القاضى لاختصاصه المحلى.

الفرع الرابع: تقدير القاضى لاختصاصه النوعى.

الفرع الأول

تقدير القاضي لاختصاصه الوظيفي

٢٨٥- تنص المادة ١٨/ ١ من قانون السلطة القضائية على انه: «فيما عدا المنازعات الادارية التى يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم الا ما استثنى بنص خاص».

فاذا ما طرح نزاع على القاضى تعين عليه بحث ما اذا كان يختص بنظر هذا النزاع وظيفيا أم أنه لا يختص به.

والثابت أنه اذا وجد فى دولة ما نظام القضاء الموحد بمعنى أن توجد جهة قضائية واحدة تختص بنظر جميع المنازعات أيا كان نوعها، فهنا لا تثور أية صعوبة خاصة تحديد الجهة القضائية صاحبة الولاية.

واذا كان النظام فى دولة ما، كمصر وفرنسا، يأخذ بنظام القضاء المزدوج الذى يعنى وجود جهة المحاكم العادية التى تختص بالقضاء المدنى والجنائى، وجهة المحاكم الادارية التى لها ولاية القضاء الادارى، فهنا تثور مشكلة تحديد الاختصاص الوظيفى للمحاكم وتبرز سلطة القاضى التقديرية فى تقدير اختصاصه القضائى بنظر النزاع المطروح أمامه.

والى جانب جهات القضاء العادى والادارى توجد العديد من المحاكم الاستثنائية. وهذه الأخيرة تختلف عن الأولى من جهات مختلفة:

فالمحكمة العادية لها ولاية القضاء بصفة عامة، فأيا كانت المحكمة الداخلة فى تشكيلات القضاء العادى فان لها ولاية القضاء العامة. أما المحكمة الاستثنائية فليس لها أية ولاية قضائية خارج الحدود التى رسمت لها[1].

ومن جهة أخرى، وهذا هو المهم، فان العمل القضائى الذى يصدر من القاضى الاستثنائى خارج حدود اختصاصه لا يحوز حجية الأمر المقضى، ذلك لأن القاضى الاستثنائى خارج حدود اختصاصه لا تكون له أية ولاية

---

(١) فتحى والى، الوسيط فى قانون المرافعات ١٩٨٠، ص ٢٢١.

وبالتالى يعتبر العمل وكأنه صدر من فرد عادى، ويمكن طلب بطلانه بدعوى البطلان الأصلية كأى عمل قانونى خاص[1].

كما أن المحكمة ذات الولاية اذا رفع اليها النزاع ذاته لها أن تنظره كما لو كان لم يسبق عرضه على القضاء، ولا عبرة بالدفع بسبق الفصل فى الموضوع فى مثل هذه الحالة كما سبق القول[2].

٢٨٦- ومن الأهمية بمكان تحديد الاختصاص الوظيفى للقاضى، وهذه المهمة منوطة بالقاضى ذاته، فالقاعدة هى أن القاضى هو الذى يتولى تحديد الأنواع المختلفة لاختصاصاته. ولا عبرة بتقديرات الخصوم لتحديد هذه الاختصاصات، وانما العبرة هى:

بتقدير القاضى الذى يستند على الواقع المطروح عليه والنصوص المنظمة لاختصاصه.

ومظهر أهمية تحديد الاختصاص الوظيفى للقاضى تتجلى باختصار فيما يلى :

١- تحديد القاضى لاختصاصه الوظيفى يترتب عليه عدم اختصاصه بمنازعات تدخل فى الاختصاص الوظيفى لجهة أخرى، وهذا أمر يتعلق بالنظام العام.

٢- للقضاء العادى ولاية نظر المنازعات المدنية والتجارية التى تقع بين الافراد والحكومات أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول[3].

وهذه الولاية تكون لجهة المحاكم العادية دون غيرها، وبالتالى لا تشاركها جهة القضاء الادارى فى هذا الاختصاص.

٣- بالاضافة الى ذلك ليس لجهة القضاء العادى تأويل القرار الادارى، أو وقف تنفيذه أو تعطيله، كما أن لجهة القضاء العادى ولاية نظر الدعاوى المتعلقة بعقود الادارة المدنية التى لا تكون لها طبيعة العقد الادارى[4].

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(٢) نقض مدنى ١٨/ ١/ ١٩٧٢ مجموعة النقض، س ٢٣، ص ٩.

(٣) مادة ١٧ من قانون السلطة القضائية.

(٤) نقض مدنى ٧/ ٣/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ٨١.

٤- المسائل المستعجلة المتولدة عن دعاوى لا تدخل فى جهة القضاء العادى لا تدخل هى الأخرى فى الاختصاص الوظيفى لهذه الجهة. وبالتالى يخرج من ولاية القضاء العادى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوال الوقت(١).

ومن كل هذه الملاحظات يظهر لنا أهمية قيام القاضى بتقدير مدى ونطاق اختصاصه الوظيفى.

ولكى يقوم القاضى العادى، أو الادارى، أو الاستثنائى بتقدير اختصاصه الوظيفى فانه يقوم بفحص النزاع المطروح أمامه، وتكوين فكرة عن طبيعته، ثم يقارن هذه الطبيعة بالقواعد القانونية المنظمة لاختصاصه الوظيفى، وفى النهاية يصل الى نتيجة ايجابية أو سلبية، وعلى هذه النتيجة يقوم القاضى بارساء التكييف القانونى لمسألة الاختصاص وذلك على التفصيل التالى.

٢٨٧- من المعلوم أن القاضى أيا كان يمتنع عليه الاختصاص بنظر أعمال السيادة. فاذا طرح عليه نزاع ودفع بعدم الاختصاص الوظيفى، أوأثارت هذا الدفع المحكمة من تلقاء نفسها، فان القاضى لا يثير الدفع الا بعد التحقق من. أن المسألة تتعلق بالفعل بأعمال السيادة. ولن يتوصل القاضى الى ذلك الا عن طريق قيامه بتقدير الواقع والقانون فى صدد النزاع المطروح عليه والمقول بأنه يعتبر من أعمال السيادة(٢).

وذلك لأن المحاكم هى المختصة بتقرير الوصف القانونى للعمل الصادر عن السلطة العامة، وما اذا كان يعد من أعمال السيادة أم لا. وهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض(٣). والواقع أن القول بأن النزاع المطروح

---

(١) نقض مدنى ٢/ ٥/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١٤١ مشار اليه فى فتحى والى. الوسيط، ص ٢٢٥.
- نقض مدنى ٥/ ٢/ ١٩٧٤ مجموعة النقض،و س ٢٥، ص ٤٨.

(٢) محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الادارة ١٩٧٠، ص ٦٦٩.
- عبدالفتاح حسن. ترتيب الادارة العامة والرقابة على أعمالها فى مصر خلال الفترة من ١٧٩٨ الى ١٨٧٥، س ١٩٦٧، ص ١٧٦.

(٣) نقض مدنى ٥/ ٣/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ٢٩، ص ٧٤.

على القاضى هو من أعمال السيادة. أو أنه ليس كذلك هو مجرد تكييف قانونى، وهو فى هذا يخضع لرقابة محكمة النقض.

أما المرحلة السابقة على ارساء هذا الوصف، وهى المرحلة التى يعمل فيها القاضى سلطته التقديرية فهى لا تخضع لرقابة محكمة النقض بطريق مباشر.

وعند قيام القاضى بتقدير النزاع المطروح عليه لمعرفة ما اذا كان من أعمال السيادة أم لا. فانه يفترض فيه العلم بالقانون. وتنص المادة ١٧، ١٨ من قانون السلطة القضائية على أنه: «ليس للمحاكم أن تنظر. بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى أعمال السيادة ...».

كما تنص المادة ١١ من قانون مجلس الدولة المصرى الحالى على أنه: لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر فى الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة».

هذه هى النصوص التى يفترض فى القاضى العلم بها بصدد تحديد أحوال انفاء ولايته[1].

وظاهر من هذه النصوص أن فرض هذه القواعد ينص على أن أعمال السيادة لا يختص بها القضاء، وحكم هذه القواعد القانونية يرتب جزاء عدم اختصاص وظيفى متعلق بالنظام العام. والمصلحة التى تحميها هذه النصوص هى مصلحة عامة، لا تتعلق برعاية الأشخاص على وجه منفرد.

٢٨٨- وبالاضافة لذلك توجد مطروحة أمام القاضى مجموعة وقائع يراد تقدير ما اذا كانت تدخل فى ولايته أو لا تدخل فى هذه الولاية على أساس اعتبارها أو عدم اعتبارها من أعمال السيادة.

هنا يقوم القاضى بفحص عناصر الواقع بحسب الرأى المعتمد فيها فقها وقضاء. فيرى ما اذا كانت الوقائع تشكل أعمالا تباشرها الحكومة بمقتضى سلطتها العليا، فى سبيل تنظيم القضاء والادارة والنظام السياسى وادفاع عن كيان الدولة وسلامتها فى الداخل والخارج، مثل ابرام المعاهدات واعلان

---

(١) سليمان الطماوى، الوجيز فى القضاء الادارى، ص ٢٨٠.

الحرب، وضم أرض للدولة والتنازل عن أرض وتنظيم القوات العامة، وحل الهيئات النيابية والعفو العام، والاجراءات العليا التى تتخذ للمحافظة على الامن.

هذه هى الموجهات العامة التى تساعد القاضى على التوصل الى التقدير الصحيح النوعية وطبيعة النزاع المطروح عليه. فاذا انتهى القاضى الى انتفاء ولايته لأن النزاع المطروح عليه هو عمل من أعمال السيادة، فانه يحكم من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه الوظيفى، لأن هذا الأمر يتعلق بالنظام العام، وواضح مما سبق أن تقدير القاضى هنا يتم موضوعيا دون أن يأخذ فى اعتباره الظروف الخاصة بأشخاص الخصوم[١].

ونرى من كل هذا أن خروج أى نزاع من ولاية القضاء لا يحول دون الاعتراف لهذا القضاء بتقدير وتكييف النزاع اذا ما طرح عليه لتحديد مسألة اختصاصه بنظره. والسبب فى ذلك، يرجع الى اعتبار منطقى: فالمشرع لم يضع تعريفا للمسائل التى تخرج من ولاية القضاء، كما أن المشرع لم يضع تحديدا لهذه المسائل على سبيل الحصر، والمرجع فى تحديد هذه المسائل هو اجتهاد القاضى عند اعمال سلطته التقديرية[٢].

وبعد بلورة المسائل على ضوء التقدير القضائى، يقوم القاضى بانزال التكييف القانونى السليم لعى النزاع المطرح عليه.

والعبرة فى التكييف، كما هى العبرة فى التقدير، تكون بطبيعة العمل بغض النظر عمن أصدره، أو الغرض من العمل، أو الباعث عليه، فالمعيار كما سبق القول يجب أن يكون معيارا موضوعيا.

---

(١) ابراهيم سعد. القانون القضائى الخاص، جـ ١، ص ٣٥٥/ عبدالعزيز بديوى، بحوث فى قواعد المرافعات، ص ١٨٦/ فتحى والى، الوسيط، ص ٢٢٣/ محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى، ص ٢٩/ أمينة النمر، قوانين المرافعات ١٩٨٢، ص ١٥١.

– حكم المحكمة العليا ٥/ ٢/ ١٩٧٧ المحاماة، س ٥٧، ص ١٤.

(٢) استئناف مستعجل القاهرة ٢٧/ ١١/ ١٩٦٢ المجموعة الرسمية س ٦٠، ص ٤٨٠.

– محكمة بنها الابتدائية ٢٨/ ٢/ ١٩٥٦ المجموعة الرسمية، س ٥٨، ص ٨٨.

وحتى فى الأحوال التى ينص فيها القانون على اعتبار عمل من الأعمال مما لا يدخل ى ولاية المحاكم، أى أن المحاكم لا تختص وظيفيا بهذا العمل، فان هذا النص فى تلك الأحوال يقيد القاضى فى مسألة التكييف القانونى، ولكنه لا يقيده عند اعمال سلطته التقديرية، لأنه على ضوء النتيجة المستخلصة من التقدير القضائى، يجب وصف العمل بالوصف الوارد فى القانون(١).

٢٨٩- ونفس هذا التحليل يصدق عند قيام المحاكم التابعة لجهة القضاء العادى حينما تحدد اختصاصها الوظيفى فى مواجهة جهة القضاء لادارى، أو فى مواجهة القضاء الاستثنائى.

وفى جميع هذه الحالات يجب الفصل بين مرحلة التقدير القضائى للاختصاص الوظيفى، وبين تكييف النزاع للقول بأنه يدخل أو لا يدخل فى ولاية الجهة المطروح عليها النزاع. فالتقدير سابق على التكييف، وهذا الأخير لاحق على التقدير، وعلى ضوء النتيجة التى يتوصل اليها القاضى من التقدير يتم التكييف. والتقدير القضائى لا يخضع مباشرة لرقابة محكمة النقض عكس التكييف القانونى الذى يخضع مباشرة لهذه الرقابة.

والدفع بعدم الاختصاص يدور حول تكييف الدعوى.

والقاعدة فى هذا الشأن كما ورد فى أحكام محكمة النقض المصرية: «أنه متى كانت الدعوى بحكم الأساس الذى رفعت به والطلبات المطروحة فيها هى مما يدخل فى اختصاص المحاكم فانه لا يخرج الدعوى من هذا الاختصاص أنه يكون الادعاء فيها غير صحيح قانونا. لأن ما يترتب على عدم صحته هو رفض الدعوى لا الحكم بعدم الاختصاص(٢).

وعلى ذلك فتقدير القاضى وتكييفه لتحديد اختصاصه الوظيفى يرد على

---

(١) القاهرة الابتدائية ٨/ ٦/ ١٩٥٩ المجموعة الرسمية، س ٥٨، ص ١٥٢/ استئناف المنصورة ٣/ ١/ ١٩٦٢ المجموعة الرسمية، س ٦٠، ص ٥٩٠.

(٢) نقض مدنى ٢٩/ ٦/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١٤١٤.

الدعوى، أو محل الطلبات فى الدعوى، ويجب أن تكون هذه الدعوى فى اطار قانون المرافعات[1].

٢٩٠- وعند انتفاد الولاية فالدفع الذى يجب اثارته هو دفع بعدم الاختصاص الوظيفى يتعلق بالنظام العام، وعلى هذا مذهب الجمهور[2]. والرأى المعتمد فقها وقضاء[3].

وذلك صحيح لأن بحث الاختصاص سابق - منطقيا وقانونا - على بحث شروط القبول[4].

ومع ذلك ذهب رأى وحيد فى الفقه الى القول بأن انتفاء ولاية المحاكم بنظر نزاع معين هو أمر يتعلق بقبول الدعوى وليس بالاختصاص بها[5].

ويكفى للرد على هذا الرأى القول بأنه يعارض النصوص القانونية الصريحة فى هذا الموضوع، كما أنه يعارض الثابت فقها وقضاء، وأخيرا فاننا نرى هذا الرأى لا يتمشى مع قواعد المنطق ذاته لأنه يفترض أن المحاكم تختص بنزاع يخرج بقاطع النص من ولايتها، ثم بعد اختصاصها به، تتصدى لفحص شروط قبوله، وتحكم بعدم القبول.

ولا شك أن الفارق واضح بين عدم الاختصاص وعدم القبول فكلاهما يتمتع بنظام قانونى خاص وله أسلوب معين فى تحريك الأدوات الفنية الموجودة داخل كلا النظامين[6].

هذه المقدمات كانت تتعلق بسلطة القاضى التقديرية فى تحديد اختصاصه الوظيفى، ونريد هنا ابراز مدى الوصل الذى يقوم به القواعد

---

(١) استئناف مستعجل القاهرة ٢٨/ ٤/ ١٩٧٩، قضية رقم ٢٠٥٥، سنة ١٩٧٨، المحاماة ع ٥، ٦ س ٩، ص ٤٩.

(٢) فتحى والى، الوسيط، ص ٢٢٣/ أبو الوفا، المرافعات، ص ٣٥٠.

(٣) نقض مدنى ١٢/ ٢/ ١٩٧٤ مجموعة النقض، س ٢٥، ص ٣٣٢.

(٤) نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، منشأة المعارف ١٩٨٢، ص ١٥٠.

(٥) أمينة النمر، قوانين المرافعات، جـ ١، ص ١٥٦.

(٦) راجع بتفصيل أوفى مؤلفنا فى الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، ص ١٦٠ وما بعدها.

القانونية الموضوعية، والقواعد القانونية الاجرائية، هذا الوصل الذى تكشفه سلطة القاضى التقديرية والذى يساهم فى احداث اثار اجرائية.

فقيام القاضى ببحث واقع النزاع المطروح عليه لا يتم فى معزل عن عناصر مفترض القاعدة القانونية الموضوعية المنظمة لأصل الحق. بل ان القاضى يبحث عناصر الواقع المطروح عليه على ضوء فهمه وتصوره للعناصر النموذجية القائمة فى فرض القاعدة القانونية، أو فى ضمير الجماعة عند غياب النص. فاذا ما توصل من هذا التحليل الى نتيجة معينة، فانه يستطيع استعمال هذه النتيجة فى نطاق القواعد الاجرائية. لأن هذه الأخيرة لا تعمل فى معزل عن القواعد الموضوعية.

فالقاعدة الاجرائية التى تحدد الاختصاص الوظيفى لا يمكن اعمالها الا على ضوء النتائج التى رتبتها القاعدة الموضوعية التى تخرج بعض المسائل من ولاية القضاء عموما. وهنا يظهر الدور الخلاق لسلطة القاضى التقديرية فى اعمال القانون.

الفرع الثاني

تقدير القاضى لاختصاصه القيمى

٢٩١- نحن ندرس فى هذا المقام مسألة كيفية التقدير القضائى لقيمة الدعوى، فنحن اذا لا ندرس اجراءات التقدير القيمى ونصوصه لذاتها، وانما ندرس نشاط القاضى فى اعماله قواعد التقدير على وقائع النزاع، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى نحن نهتم فى المقام الأول - وهذا جديد - ببيان الصلة القائمة بين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية من خلال نشاط القاضى التقديرى فى نطاق تحديده لاختصاصه القيمى(٢).

---

(١) - M. P. Fabreguettes: l'art de juger. 1926. p. 50 et s.
- A. Maurin: le rôle créature du juge p. 180.

(٢) راجع بالتفصيل البحث القيم للأستاذة الدكتورة أمينة النمر فى تقدير قيمة الدعوى - منشأة المعارف ١٩٧٩، ص ٥ وما بعدها.
- المراجع العامة، أحمد أبو الوفا، المرافعات، ط ١٩٧٨/ التعليق، جـ ١، ص ١٩٧/ عبدالباسط جميعى، المرافعات، ص ١٩٠/ فتحى والى، الوسيط، ص ٢٦٨.

ونرى البدء فى هذه الدراسة باستعراض القواعد العامة فى تقدير قيمة الدعوى لنرى بوضوح نشاط القاضى بصدد هذا التقدير، ولنرى أيضا مدى الوصل القائم – فى هذا النطاق – بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية والآثار المتولدة عن ذلك.

القاعدة الأولى فى هذا المجال هى أن قيمة الدعوى تقدر بمقدار المنفعة التى يهدف المدعى الى تحقيقها من التجائه الى القضاء. وبناء على ذلك فتحديد قيمة الدعوى يتم عن طريق تحديد قيمة المطلوب منها، أو المبلغ المطالب به، بصرف النظر عن قيمة الشيء محل الطلب.

والأصل أن يناط تقدير قيمة الدعوى بالخصوم، وقد ينص المشرع على قيمة معينة للدعوى، وقد يترك التقدير للمحكمة، ولها أن تستعين بالخبراء للتوصل الى هذا التقدير.

وتقدر قيمة الدعوى بقيمة الطلب سواء كان الطلب قد طرح على المحكمة صراحة أو ضمنا. فالدعوى تقدر قيمتها بقيمة الطلب ولو لم يعرضه الخصوم صراحة على المحكمة طالما أنها ستفصل فيه حتما.

مثال هذا أن يطلب المؤجر فسخ العقد واسترداد العين بحالتها قبل الايجار. وكان المستأجر قد أقام عليها منشآت، ففى هذه الحالة يكون المؤجر قد طلب ضمنا ازالة المنشآت[1].

ولا يعتد فى تقدير الدعوى الا بقيمة الطلب الأساسى أى الطلب الذى يتخذ أساسا للدعوى.

واذا كانت القاعدة أنه لا يعتد فى تقدير الدعوى بقيمة الىء محل بقيمة الشيء المدعى به.

كما لا يعتد فى التقدير بقيمة سبب الحق المطلوب فى الدعوى. وتقدرالدعوى بقيمة الطلب وقت رفعه، فالمركز القانونى لطرفى الخصومة يتحدد عندما يقدم المدعى طلبه أمام المحكمة.

---

(١) أمينة النمر، تقدير قيمة الدعوى، ص ٢٧٩.

واذا كانت قيمة الدعوى لا تتأثر بتغيير قيمة موضوع الطلب بعد رفع الدعوى، فالمقصود بذلك هو التغيير فى القيمة الاقتصادية لموضوع الطلب نتيجة لارتفاع الأسعار أو انخفاضها، أو بسبب التعديل فى القواعد القانونية المتعلقة بتقدير قيمة الدعوى.

أما تغيير القيمة نتيجة للزيادة على الطلب أو الانقاص منه باضافة طلبات أخرى اليه، أو الانقاص من عدد الطلبات التى قدمت الى المحكمة، فانه يكون مؤثرا فى تقدير قيمة الدعوى[١].

٢٩٢- والعبرة فى تقدير قيمة الدعوى هى بالقيمة الحقيقية للطلب. بمعنى أنه اذا كان تقدير قيمة الدعوى يناط بالخصوم الا أن ذلك مشروط بمطابقته للقواعد القانونية المقررة فى هذا المجال. فاذا خالف الخصم هذه القواعد فلا يعتد بتقديره. ويقوم القاضى بتقدير قيمة الدعوى وفقا للقيمة الحقيقية للطلب.

ومع ذلك يرى بعض الفقه أنه اذا التزم الخصم فى تقديره لقيمة الدعوى القواعد المقررة قانونا لذلك، ورغم ذلك غالى فى التقدير أو أنقص فيه. ففى هذه الحالات تقدر الدعوى بقيمة الطلب كما قدرها المدعى[٢]. ولا يكون للقاضى فى مثل هذه الحالات أن يتدخل فى تقدير قيمة الدعوى[٣].

ومع ذلك فيشترط فى مثل هذه الحالات الا ينازع المدعى عليه فى تقدير المدعى لدعواه. أما اذا نازع المدعى عليه فى التقدير، فان تقدير الدعوى يعرض على المحكمة للفصل فيه نتيجة لهذه المنازعة. أى أن تقدير الدعوى يناط فى مثل هذه الحالة بالمحكمة.

وعند مخالفة المدعى لقواعد تقدير الدعوى، فهنا لا يعتد بتقديره، وانما تقدر الدعوى وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن بغض النظر عن موقف المدعى عليه[٤].

---

(١) أمينة النمر، ص ٢٨٣.
(٢) أمينة النمر، ص ٢٨٣.
(٣) أمينة النمر، ص ٢٨٤.
(٤) أمينة النمر، ص ٢٨٥.

٢٩٣- ولاذى يهمنا فى هذا المقام هو - كما سبق القول - بيان سلطة القاضى التقديرية ازاء تحديد اختصاصه القيمى. هذا البيان يتم بالطريقة الآتية:

١- حينما يتم تقدير قيمة الدعوى فان هذا التقدير يجب أن يتم وفقا لقيمة الطلب، دون أن تقدر قيمة أوجه الدفوع أو الدفاع. فعلى القاضى أن يستبعد من التقدير قيمة الدفوع، اذا كان لها قيمة مادية، وهذا الاستبعاد يقتضى تقدير ما يعتبر دفعا وما لا يعتبر كذلك، وهذه العملية تقتضى بحثا فى القواعد المتعلقة بأصل الحق لمعرفة الدفوع الموضوعية، كذا يجب البحث فى القواعد الاجرائية لمعرفة الدفوع الشكلية، ويجب أيضا البحث فى القواعد الموضوعية والاجرائية فى آن واحد لمعرفة الدفوع بعدم القبول. هذا البحث يقتضى من القاضى اعمال التقدير الموضوعى والتقدير الشخصى لاستبعاد هذه الدفوع حينما يتصدى لتقدير أو مراقبة تقدير الخصوم لقيمة الدعوى.

كذلك يجب على القاضى تقدير أوجه الدفاع واستبعادها من حساب قيمة الدعوى، لأن العبرة فى التقدير هى بقيمة الطلب الأساسى فى الدعوى، ويشترط لاستبعاد الدفوع ووسائل الدفاع من الدخول فى تقدير قيمة الدعوى ألا تفصل المحكمة فى هذه المسائل بصورة أصلية.

أما اذا تبين للقاضى أن المدعى عليه لا يستهدف فقط رد الدعوى الأصلية، بل انه يرمى الى اقرار حق يدعيه بحيث أنه يعتبر ما يدلى به داخلا فى موضوع النزاع ليفصل فيه القاضى، فان هذه الدفوع ووسائل الدفاع هذه تؤثر قيمتها فى قيمة الدعوى، على أساس أنها تتضمن ادعاء يراد الفصل فيه[١].

٢- تنص المادة ٤٠ من قانون المرافعات على أنه: «اذا كان المطلوب جزءا من حق قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء الا اذا كان الحق متنازعا فيه ولم يكن الجزء المطلوب باقيا منه فيكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله».

---

(١) أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٢٨٧.

- نقض مدنى ٢٤/ ٣/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٥٠٣.

وبناء على ذلك فاذا كان المطلوب جزءا من حق قدرت الدعوى على أساس هذا الجزء، دون اعتداد بالدفوع أو وسائل الدفاع. فاذا كان المطلوب ريع عين معينة، فدفع الخصم بتملك العين المبيعة بالتقادم المكسب، فمثل هذا المسلك من جانب المدعى عليه لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع أو دفع موضوعى لرفض طلب الريع. وهذا الدفع لا يؤثر فى قيمة ادعوى طالما أنه لا يتضمن طلبا قضائيا يراد الفصل فيه[١]. ودليل ذلك ما قضت به محكمة النقض من زنه ما دام لم تثر النزاع فى صورة طلب عارض، بل أثير فى صورة دفع فى حق المشترى فى طلب الريع المترتب على عقد البيع، فان هذا الدفع لا يؤثر فى قيمة الدعوى[٢].

ويختلف الوضع اذا كان النزاع منصبا على جزء من حق، ولكن نازع الخصم فى الحق بأكمله، هنا تقدر قيمة الدعوى بقيمة الحق بأكمله. ويشترط لذلك ألا يكون الجزء المطلوب هو الباقى من الحق. كما يشترط أن يكون المدعى فى النزاع الذى يثيره المدعى عليه هو الملتزم بالحق بأكمله، فان لم تكن للمدعى صفة الا بالنسبة للجزء المطالب به، فان الدعوى تقدر بقيمة هذا الجزء فقط.

والذى يهمنا هنا هو كشف سلطة القاضى التقديرية فى هذا النطاق. فهو الذى يقدر وجود الرابطة القانونية بين الخصوم وفقا لقواعد القانون الموضوعى. وهو الذى يقدر قيام نزاع يشمل كل هذه الرابطة وفقا للقانون الموضوعى أيضا. وهو الذى يقدر المراكز القانونية الموضوعية للخصوم وفقا للقانون المنظم لأصل الحق.

والواقع أن تقدير قيام نزاع حول الرابطة القانونية كلها تعتبر مسألة أولية مطروحة على المحكمة ويتعين عليها الفصل فيها، وهذا يقتضى تقدير قيمة الدعوى وفقا لقيمة الحق كله لتحديد الاختصاص القيمى للمحكمة[٣].

---

(١) ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

(٢) نقض مدنى ١٨/ ٣/ ١٩٧١ مجموعة النقض، س ٢٣، ص ٣٣٤.

(٣) أمينة النمر، ص ٣٠٣/ أبو الوفا، المرافعات ط ١٠، ص ٣٣٩/ عبدالباسط جميعى، المرافعات، ط ١٩٧٤، ص ١٨٨.

٢٩٤-وتظهر الصلة الوثيقة بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية فيما يترتب على الجمع بينهما من توليد اثار اجرائية، هى فى نطاق هذه الفقرة تحديد الاختصاص القيمى للمحكمة. فالمنازعة فى كل الحق عند المطالبة بجزء منه فقط تتم عن طريق ابداء دفع موضوعى. فهذه الطائفة من الدفوع هى التى تتعلق بأصل الحق. واذا كان من شأن اثارة هذه المسألة الموضوعية هى تقدير الدعوى بقيمة الحق كله، فان ذلك يرجع الى أن هذا الدفع يثير فى الواقع مسألة أولية يتعين الفصل فيها.

وقد تبدو المنازعة حول الحق بأكمله فى صورة طلب عارض، كان ينازع المدين (المدعى عليــه) فى أصل الحق ويطلب الحكم ببطلان سند الدين، زو يطالب بانقضاء الدين بالتقادم، أو ببطلان العقد[١].

فى كل هذه الصور نلاحظ أن اثارة منازعة فى أصل الحق كله، تدفع القاضى، بغية تحديد اختصاصه القيمى، الى بحث قواعد قانونية موضوعية. والتوصل عن طريق النتائج المستخلصة منها الى تركيز القواعد الاجرائية المعمول بها فى هذا المجال لاعطائها المضمون الحقيقى بصدد الآثار المتولدة عنها[٢].

٣- واذا كان من القواعد الثابتة فى باب تقدير قيمة الدعوى هو الاعتداد فقط بالطلبات الختامية للخصوم، فان تقدير القاضى لما يعتبر طلبا ختاميا يبرز بوضوح مدى ما يوجد فى هذه المسألة من عناصر موضوعية تتعلق بالقانون الموضوعى وذلك حينما تشارك هذه العناصر مع القواعد الاجراذية فى ترتيب آثار قانونية اجرائية متعلقة بتحديد الاختصاص القيمى لمحكمة ما.

الطلبات الختامية هى آخر طلبات الخصوم، وهذه الطلبات هى المعبرة عن الرغبات الأخيرة للخصوم والتى يتحدد بها نطاق الخصومة نهائيا.

---

(١) أمـينة النمـر، ص ٣٠٥ - ٣٠٦/ نقض مـدنى ٣/ ١٢/ ١٩٥٣ المحـامـاة، س ٣٥، ص ١٠٦٨.

(٢) نقض مدنى ٢٥/ ٤/ ١٩٥٧ مجموعة النقض، س ٨، ص ٤٥١.

- المنيا الابتدائية ٢٧/ ١١/ ١٩٦٠ المجموعة الرسمية، س ٦٠، ص ٣٨٤.

والطلبات الختامية قد تؤدى الى تعديل الطلب الأصلى. فاذا عدل عنه الخصم لا يدخل فى التقدير.

وتعديل الطلب الأصلى قد يكون بالعدول عن الطلب الى غيره. كما لو طلب المدعى الأجرة المتأخرة بصفة أصلية، ثم عدل عنها الى طلب الفسخ. وقد يكون التعديل بزيادة الطلب الأصلى، كما لو أضاف المدعى الى طلب الأقساط المتأخرة من الدين طلب القسط الذى حل ميعاد استحقاقه من هذا الدين بعد رفع الدعوى.

وقد يكون التعديل فى الطلبات بالانقاص من الطلب الأصلى. ويتم تعديل الطلب الأصلى بواسطة الطلبات العارضة.

وتعديل الطلب الأصلى عن طريق الطلبات العارضة فى خصوص تقدير قيمة الدعوى يثير مسألة التنازل عن أحد الطلبات أو عن جزء من قيمتها. كما قد يثير مسألة التحايل على القانون للتلاعب فى النصاب النهائى للمحاكم. كما يثير مسألة الخصم وضرورة تمسكه بقيمة الطلب الأصلى، أومنازعته فى تعديل نوعه أو قيمته، لأن عدم منازعته قد يفيد قبولا صريحا أو ضمنيا بتعديلات الخصم الآخر. هذه المنازعة لها شروط ولها وقت معين يجب اثارتها فيه والا سقط الحق فى التمسك بها.

وتعديل الطلب بالطلبا الختامية قد يثير مسألة العرض الحقيقى لكل أوجزء من الحق المطالب به.

وعلى ذلك يظهر نشاط القاضى التقديرى فى هذا المجال لتحديد متى يكون هناك قبولا صريحا أو ضمنيا لتعديل قيمة الطلب الأصلى. وهذا البحث يتضمن فحص مسلك الخصوم وتفسير ارادتهم وتقدير الوقائع الدالة على حقيقة موقفهم. كما أن بحث النزول عن الحق. أو بحث مسألة الغرض الحقيقى تقتضى بحثا فى قواعد القانون الموضوعى. وقواعد القانون الاجرائى بهدف تحديد اختصاص المحكمة القيمى[1]. والطلبات الختامية

---

(١) نقض مدنى ٢/ ٦/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٩٦١.

يجب أن يؤدى الى تعديل الطلب الأصلى. أما اذا كان لا يؤدى الى اجراء اى تعديل فى الطلب الاصلى فتطبق بشأنه قواعد الطلبات العارضة[1].

٢٩٥- ٤- وتظهر سلطة القاضى التقديرية بجلاء فى الحالة التى تتعدد فيها الطلبات ويراد تقدير قيمتها.

وتعدد الطلبات التى تطرح أمام القاضى يتخذ العديد من الصور، فهناك التعدد الاستقلالى للطلبات، وهناك التعدد بسبب الاندماج، والتعد بسبب قيام الطلب الاصلى مع الطلب الاحتياطى، والتعدد فى الطلبات بسبب تعدد الخصوم.

وفى كل هذه الحالات يضع المشرع قواعد لتقدير قيمة الدعوى.

فتنص المادة ٣٨ من قانون المرافعات على أنه: «اذا تضمنت الدعوى طلبات متعددة ناشئة عن سبب قانونى واحد كان التقدير باعتبار قيمتها جملة، فان كانت ناشئة عن أسباب قانونية مختلفة كان التقدير باعتبار قيمة ج كل منها على حدة.

أما اذا تضمنت الدعوى طلبات تعتبر مندمجة فى الطلب الاصلى فتقدر قيمتها بقيمة هذا الطلب وحده».

وتنص المادة ٣٩ من ذات القانون أيضا على أنه: «اذا كانت الدعوى مرفوعة من واحد أو أكثر على واحد أو أكثر بمقتضى سبب قانونى واحد كان التقدير باعتبار قيمة المدعى به دون التفات الى نصيب كل منهم فيه».

والذى يعنينا فى هذا المقام - دون دخول فى تفصيلات تذخر بها المراجع العامة - هو بيان أمرين: سلطة القاضى التقديرية فى هذا المجال من ناحية. ومدى الوصل الذى يوجد بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية من ناحية أخرى، ثم بيان أثر ذلك على احداث آثار اجرائية تفيد فى تقدير القاضى لاختصاصه القيمى.

فاذا تعددت الطلبات بين خصمين وكان التعدد تخييرا. وكان الخيار

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٢٧٤/ رمزى سيف، المرافعات، ص ٢٨٣.

للمدعى. فهذا الاخير سيطالب فى الدعوى بما اختاره، أما اذا كان الخيار للمدعى عليه بأحد الأشياء التى تبرأ ذمة هذا الأخير بالوفاء بها، وهنا تقدر قيمة الدعوى بالشىء الأعلى قيمة.

ونفس الحل يسرى بالنسبة لتقدير قيمة الدعوى لاتى تشتمل على طلب أصلى وطلب احتياطى. والواقع أن فى هذه الأمثلة لا تظهر بوضوح فكرة تعد الطلبات، لأن المطالبة تنصب فى واقع الأمر على طلب واحد هو الطلب الأصلى أو الطلب الاحتياطى. أو تنصب على الطلب الذى اختاره المدين أوالدائن فى الالتزامات التخييرية.

كما أن الطلب المندمج يفقد ذاتيته واستقلاله نتيجة اندماجه فى الطلب الأصلى.

وتعدد الطلبات يظهر فى حالة تعدد الطلبات الأصلية فى دعوى واحدة بين ذات الخصوم. أو تتعد الطلبات بتعدد الخصوم. وهنا نجد أن المشرع قد وضع قاعدة مفادها أن الأساس فى تقدير قيمة الطلبات فى حالة تعددها هو بوحدة السبب الذى تقوم عليه هذه الطلبات أو بتعدده.

فاذا تعددت الطلبات واتحد السبب الذى تقوم عليه كان التقدير باعتبار مجموع قيمة جميع هذه الطلبات. أما اذا تعددت الأباب بحيث أفرد كل طلب بسبب خاص به، أو انفردت مجموعة من الطلبات بسبب معين. فان التقدير يتم وفقا لوحدة أو تعدد السبب.

والقاضى هو الذى يتولى تحديد سبب الطلب القضائى، والسبب فى هذا المجال هو مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به(١).

وقد ذهبت محكمة النقض الى القول بأن سبب الدعوى هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب(٢).

---

(١) نبيل عمر، سبب الطلب القضائى. منشأة المعارف ١٩٧٨، ص ٥ وما بعدها.

- Motulsky: Ecrits et Etudes. Dalloz. 1973.

حيث يوجد فى هذا المؤلف العديد من الدراسات المتعلقة بفكرة السبب.

(٢) نقض مدنى ٤/ ٦/ ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، ص ٨٦٨.

ويتولى القاضى بحث فكرة السبب على ضوء هذا التعريف فيبحث فى وقائع النزاع على ضوء القانون الموضوعى لمعرفة الأساسى المولد للحق المدعى به، واعتماده. كسبب للطلب القضائى، ثم يبحث من جهة أخرى فيما اذا كان السبب واحدا أم أنه متعدد بتعدد الطلبات.

ومن هذا البحث ننتقل الى تقدير قيمة الطلبات المطروحة عليه، وبالتالى يحدد ما اذا كان مختصا قيميا بنظر النزاع أم أنه غير مختص.

٢٩٦- وعلى ذلك فاذا كانت الطلبات المتعددة قد نشأت عن سبب واحد فالعبرة بقيمتها جميعا حتى ولو تعدد المدعى عليهم أو تعدد المدعون، أوتعددت وسائل الاثبات وحججه. فالدعوى التى يرفعها محام للمطالبة بأتعابه عن عدة قضايا باشرها بتوكيل واحد، وتلك التى يطالب فيها الدائن مدينه بعدة أقساط استنادا على عقد بيع واحد، حتى ولو كان كل قسط قد حرر له سند مستقل، والدعوى التى يطالب فيها العامل بأجره وبدل الانذار، ومكافأة نهاية الخدمة والتعويض عن الفصل التعسفى، كل هذه الطلبات تقوم على سبب واحد وتقدر قيمتها بقيمة مجموع الطلبات[1].

وأيضا نلاحظ هنا أن القاضى ينشر نطاق بحثه فى كل من القانون الوضعى والقانون الاجرائى فهو يبحث فى الوقائع المدولدة لأصل الحق المطالب به، والمعتبرة سببا للطلب القضائى. وهو يبحث فى تقدير قيمة الدعوى بناء على نتيجة بحثه السابق. وهو يصل الى آثار اجرائية عندما يقرر أنه مختص قيميا أم أنه غير مختص بنظر مثل هذا النزاع.

والقاضى فى تقديره لسبب الطلب القضائى يتعين عليه أن يفرق بدقه بين السبب بمعناه السابق، وبين السند أو المحرر الذى يثبت هذا السبب فالسند الواحد قد يتضمن أكثر من سبب، وعلى العكس فالسبب الواحد قد

---

(١) عبدالعزيز بديوى. ص ٢١٠/ نقض مدنى ٩/ ١/ ١٩٦٤ مجموعة النقض، س ١٥، ص٥٣.

- نقض مدنى ٤/ ٢/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ٢٩٠.

يثبت فى أكثر من سند. وهذا بحث فى دليل الاثبات ويتعلق بالقانون الموضوعى والقانون الاجرائى فى آن واحد.

مثال ذلك، اذا رفع شخص دعوى للمطالبة بثمن شيء باعه، وبأجرة منزل أجره لذات الخصم، فان قيمة الدعوى فى هذا المثال تقدر بقيمة كل طلب على حده لاختلاف سبب الطلب القضائى، حتى ولو كان عقد البيع وعقد الايجار قد تم تحريرهما فرضا فى ورقة واحدة[1].

٢٩٧- واذا باع شخص لآخر بضاعة، وحرر المشترى على نفسه عدة سندات بالثمن، فان المطالبة بأقساط الثمن استنادا الى هذه السندات تقدر بمجموع الأقساط لاستنادها الى سبب قانونى واحد هو عقد البيع[2].

ويعتبر السبب مختلفا ولو كان من نفس النوع، ولهذا فاذا أبرم شخص عقدا للعمل لدى آخر، ثم أبرم عقد عمل آخر لدى نفس الشخص لفترة أخرى، ثم رفع دعوى واحدة على رب العمل يطالبه بما يستحق له من مرتب متأخر عن الفترتين، فلا تجمع قيمة الطلبين لأن كل طلب يستند على سبب مستقل عن السبب الآخر[3].

ومن جهة أخرى تظهر سلطة القاضى التقديرية على محورى القانون الموضوعى والقانون الاجرائى بصورة جلية فى أحوال المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية.

وكان أساس الجدل هو تحديد فكرة السبب بالنسبة للمسئولية التقصيرية وهل هو الخطأ المتمثل فى الفعل الضار أم أن السبب يدخل أيضا فى فكرته الضرر الواقع.

ووضع المسألة يكون كالتالى:

اذا أصيب شخصان فى حادثة ورفعا دعوى على المسئول، فهل تقدر الدعوى بقيمة مجموع الطلبين، أم تقدر بقيمة كل طلب على حده؟ هنا

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٢٧٦.

(٢) نقض مدنى ١٤/ ٢/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ٤٤.

(٣) نقض مدنى ١٤/ ٢/ ١٩٦٣ مجموعة النقض، س ١٤، ص ٢٤٧.

المضرور عدة أشخاص، ومحدث الضرر شخص واحد. وعلى العكس من ذلك قد يكون المضرور شخص واحد، ومحدث الضرر أكثر من شخص، فكيف تقدر قيمة الدعوى؟.

يقع على القاضى عبء البحث فى أساس المسئولية وفقا لقواعد القانون الوضعى. وقد ذهبت بعض الأحكام القضائية الى القول بأن الدعوى فى مثل هذه الفروض تكون مؤسسة على أسباب مختلفة بالنسبة الى كل من المدعين، على أساس أنه وان كان مصدر الالتزام واحدا بالنسبة اليهم جميعا، الا أن الأساس القانونى للمطالبة ليس الفعل الضار – الخطأ – وحده، بل هو الضرر الذى وقع على كل من المضرورين. وهو يختلف ويتفاوت باختلاف الأشخاص[1].

وهناك رأى آخر هو السائد، يرى أنه ما دام الفعل الضار واحدا، فان عاوى المسئولية يكون سببها واحدا.

فالواقعة المولدة للمسئولية واحدة مهما تعدد المدعون، أو تعدد المدعى عليهم[2].

وليس هنا مجال استعراض هذا الجدل أو ترجيح رأى على آخر أو البحث عن رأى مخالف، فكل ما يهمنا هو بيان الجهد التقديرى الذى يقوم به القاضى فى هذا الصدد. ثم بيان المحل الذى يقع عليه هذا النشاط وهو قواعد القانون الموضوعى والاجرائى فى آن واحد وذلك للتوصل الى تحديد الآثار الاجرائية المترتبة على هذا النشاط.

من كل ما سبق يتضح أن عمل القاضى التقديرى فى نطاق قانون المرافعات اذ يهدف الى تحديد اختصاصه القيمى فانه يعمل على محورى القانون الموضوعى والقانون الاجرائى. وهذه الملحوظة يمكن تعميمها على

---

(١) نقض جنائى ٢٧/ ٥/ ١٩٥٢ المجموعة الجناذية، س ٣، ص ٧٤٤/ نقض جنائى ١٦/ ١/ ١٩٥٦ المجموة الجنائية، س ٧، ص ٥٧/ عبدالعزيز البديوى، ص ٢١٣.

(٢) أبو الوفا، المرافعات، ص ٢٥٠/ فتحى والى، الوسيط، ص ٢٧٩/ ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٤٦٥/ أمينة النمر، المرافعات، ص ٣١٩.

جميع قواعد تقدير قيمة الدعوى، وعلى جميع الوسائل التى عن طريقها يتم بالفعل هذا التقدير.

وننتقل الآن الى دراسة تقدير القاضى لاختصاصه المحلى فى الفرع التالى.

الفرع الثالث

تقدير القاضي لاختصاصه المحلي

٢٩٨- دراسة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق تحديد اختصاصه المحلى ليست مجرد دراسة تشريعية للنصوص المتعلقة بهذا النوع من أنواع الاختصاص، كما أنها ليست دراسة لما جرى عليه الفقه من شرح لهذه النصوص، وانما دراستنا هنا لها شكل ومضمون مختلف عما ألفه الفقه والقضاء.

فنحن ندرس عملية التقدير القضائى الذى يقوم به القاضى لعناصر اختصاصه المحلى، كما أننا ندرس فى نفس الوقت مظاهر الوصل بين القاعدة القانونية الموضوعية المنظمة للمراكز القانونية المتنازع عليها، والقاعدة الاجرائية المتعلقة بالاختصاص المحلى، وذلك بهدف ابراز الآثار الاجرائية المتولدة من هذا الوصل.

وعلى ذلك فحينما تنص المادة ١/٤٩ من قانون المرافعات على أنهم. «يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

وحينما تنص المادة ٤٠ من القانون المدنى على أن: «الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة».

فى مثل هذه الحالة يجب على القاضى البحث فى القواعد الموضوعية لتحديد المفهوم الواجب اعتباره لفكرة الموطن. فيجب عليه بحث مسألة الاقامة الفعلية، كما يجب عليه بحث مسألة انصراف نية المدعى عليه الى استمرار واعتياد هذه الاقامة. كما يجب على القاضى فصل وتمييز فكرة

الموطن عن مكان الوجود أو السكن لأن هذه المسائل لا تصاحبها نية الاستمرار والاعتياد على الاقامة.

فاذا ما خلص القاضى الى توافر شروط الاقامة والاستمرار فى هذه الاقامة فى مكان معين وبالتالى انتهى الى توافر فكرة الموطن، فعليه أن يبحث مسألة الاستمرار المتواصل للاقامة ومدى ما يتخللها من غيبة، وهل هذا الانقطاع عن الاقامة ينفى قيام فكرة الموطن أم لا.

وسواء أخذت القاعدة الموضوعية بفكرة الموطن الواقعى، كما سبق الشرح، أو أخذت بفكرة الموطن الحكمى الذى لا يشترط فيه الاقامة الفعلية بل يقيم بصدده المشرع رباطا صناعيا بين الشخص ومكان ما، فعلى القاضى فى جميع هذه الحالات يقع عبء تقدير قيام العناصر المكونة لفكرة الموطن(١). والمعيار هنا معيار موضوعى عام ومجرد.

٢٩٩- وفى الحالات التى يفرض فيها المشرع موطنا خاصا أو حكميا لبعض الأشخاص مراعاة لبعض الاعتبارات، كحالة الشخص غير كامل الأهلية، والغائب والمفقود، ويعتبر المشرع فى هذه الحالات أن موطن هؤلاء الأشخاص هو موطن نائبه القانونى.

فى مثل هذه الحالات وحتى يعتبر القاضى موطن النائب هو موطن مثل هؤلاء الأشخاص فيجب عليه أن يتصدى لبحث السبب الذى من أجله أقام المشرع مثل هذا الموطن الحكمى. وبحثه هذا هو بحث فى مسألة أهلية الأشخاص للتقاضى أو لابرام التصرفات القانونية، وهو بحث يتعلق بأصل الحق(٢).

وبصدد الموطن الخاص فقدل نصت المادة ٤١ من القانون المدنى على أن المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة يعتبر موطنا بالنسبة الى

---

(١) حسن كيره، المدخل الى القانون، ص ٥٣٨/ شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، ص ٣١٨.

(٢) عبدالعزيز خليل البديوى، ص ٢٥٥/ حسن كيره، ص ٥٤٢.

ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة، ويسمى هذا الموطن بموطن الأعمال أو الموطن المهنى أو الموطن التجارى[1].

هنا أيضا يباشر القاضى عملية تقدير دقيقة لمعرفة ما اذا كان هناك نشاط تجارى أو مهنى يمارس فى هذا المكان، وما اذا كان النزاع متعلقا بعمل مما يباشر فيه، وما اذا كان النزاع ولادعوى مرتبطة بهذا العمل أم لا، وفى هذه الحالة الأخيرة لا يجوز رفع الدعوى أمام محكمة موطن الأعمال[2].

٣٠٠- ونفس التقدير يقوم به القاضى بالنسبة للموطن المختاره. وهناك حالات تبرز فيها بوضوح سلطة القاضى التقديرية على محور القانون الموضوعى، من ذلك حالة تحديد الموطن الذى يعول عليه عند تعدد المدعى عليهم. هنا يجيز المشرع رفع الدعوى أمام محكمة أحد المدعى عليهم (مادة ٤٩/ ٣ مرافعات). وهنا يجب على القاضى بحث مسألة أن تعدد الخصوم هو تعدد حقيقى وليس تعدد صورى، بمعنى أنه يجب على القاضى بحث تساوى موقف المدعى عليهم فى الدعوى من حيث الالتزام الموضوعى المفروض عليهم، كما يجب على القاضى بحث جدية المنازعة التى اقتضت اختصامهم. فاذا كان المدعى عليهم لا يمثلون فى الواقع الا شخص واحد، كأن ترفع دعوى على شركة ويختصم وكيل أحد فروعها، فان الخصم الحقيقى هو الشركة ولا يجوز رفع الدعوى أمام محكمة الفرع[3].

ومن جهة أخرى تنص المادة ١٠٧ تجارى على أن المحكمة المختصة بشهر الافلاس هى المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها محل التاجر. كما تنص المادة ٥٤ مرافعات على أنه فى مسائل الافلاس يكون الاختصاص للمحكمة التى قضت به.

---

(١) نقض مدنى ٢١/ ٢/ ١٩٧١ مجموعة النقض، س ٢٢، ص ١٧١.

(٢) ويجوز رفع الدعوى أمام محكمة الموطن العام، أو محكمة موطن الأعمال ما لم ينص المشرع على وجب رفع الدعوى أمام هذه المحكمة الأخيرة كدعوى شهر الافلاس (مادة ١٩٧ تجارى).

(٣) محمد و عبدالوهاب العشماوى، جـ ١، ص ١٠٩ عبدالعزيز البديوى. ص ٢٥٧ فتحى والى، الوسيط، ص ٣١٥.

ويشترط لاعمال هذه النصوص أن يكون العمل الذى ثار النزاع بمناسبته عملا تجاريا، كما لا يشترط أن تون الدعوى مرفوعة من أو على تاجر، لأن المشرع المصرى يأخذ بالنظرية المادية التى تعتد بطبيعة العمل ذاته واعتباره تجاريا من عدمه. أما اذا كان العمل مختلطا، فالعبرة بطبيعته بالنسبة للمدعى عليه.

ويختص قاضى الموضوع بتقدير الوقائع وبيان ما اذا كانت الدعوى تجارية من عدمه، وما اذا كان النزاع جديا أم لا[1].

٣٠١- وفى الدعاوى المتعلقة - مثلا - بالتوريدات والمقالات الخاصة، وأجرة المسان، وأجور العمال والصناع والأجراء، فان المادة ٥٥ من قانون المرافعات عقد الاختصاص المحلى بنظر هذه المنازعات لمحكمة موطن المدعى عليه حسب الأصل العام فى الاختصاص المحلى.

كما تعقده أيضا لمحكمة موطن المدعى بشرط أن يكون الاتفاق الذى تتعلق به الدعوى قد تم أو نفذ فى دائرة هذه المحكمة. فى مثل هذه الحالة تبحث المحكمة بمطلق سلطتها التقديرية مسألتى تمام الاتفاق، ومتى يعتبر أنه قد تم فى دائرتها. كما تبحث مسألة تنفيذ الاتفاق كليا أو جزئيا فى دائرتها وهذه كلها مسائل موضوعية تتعلق بأصل الحق.

هذه بعض أمثلة توضح سلطة القاضى التقديرية فى نطاق المسائل المتعلقة بأصل الحق الذى يستخدم كدالة لاعمال الآثار الاجرائية الكامنة فى القاعدة القانونية الاجرائية، فالواقع كما نشاهد منخلال هذا البحث أن كل قاعدة اجرائية تثير العديد من المسائل القانونية الموضوعية التى تعتبر أساسا لاطلاق الآثار الاجرائية المرتبة فى القاعدة الاجرائية.

وعلى ضوء قيام القاضى بهذه التقديرات يحدد اختصاصه المحلى بنظر النزاع أو عدم اختصاصه بنظره مما يستوجب عليه، من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، الحكم بعدم الاختصاص والاحالة. هذا الحكم الأخير

---

(١) مصطفى طه، الوجيز فى القانون التجارى، جـ ١، ص ٤٢، س ١٩٧١.
- أحمد مسلم، المرافعات، ص ٢٧٩.

يعتبر فى بعض نواحيه محكوم بالبحث السابق اجرائه بواسطة القاضى للقواعد القانونية الموضوعية.

وننتقل الآن الى دراسة الاختصاص النوعى للقاضى من زاوية دراسة سلطة القاضى التقديرية فى تحديد اختصاصه النوعى.

الفرع الرابع

تقدير القاضي لاختصاصه النوعي

٣٠٢- دراسة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق تحديده لاختصاصه النوعى نواجهها فى العديد من الحالات، فمثلا المنازعات العمالية الجزئية، ولادعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ، فى مثل هذه الحالات تثور مسألة تحديد الاختصاص النوعى للمحكمة.

أيضا قد يمنح المشرع المحكمة الجزئية أو الابتدائية اختصاصا نوعيا على وجه التحديد ومن النظام العام، هنا يهمنا تحديد الكيفية التى يقوم القاضى عن طريقها بتحديد اختصاصه النوعى، لأن القاعدة هى أن القاضى هو الذى يتولى تحديد الأوجه المختلفة لاختصاصه، وذلك بغض النظر عن تحديدات الخصوم أو مساعديهم القانونيين.

وعلى ذلك نحن هنا لسنا فى مجال دراسة الاختصاص النوعى فى ذاته، ولا دراسة توزيع الاختصاص النوعى على مختلف طبقات المحاكم، مثل هذه الدراسة العامة يرجع فيها اما الى نصوص القانون أو الى أحد المؤلفات التى تتناول النظرية العامة فى قانون المرافعات على وجه العموم[1].

أما دراستنا هنا فهى دراسة تحليلية لبعض المسائل المتعلقة بالاختصاص

(١) أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، جـ ١/ أمينة النمر، قوانين المرافعات/ ابراهيم سعد، القانون القضائى الخاص جـ ١/ فتحى والى، الوسيط فى قانون المرافعات/ أحمد سيد صاوى، الوسيط فى قانون المرافعات/ عبدالعزيز خليل بديوى، بحوث فى قانون المرافعات/ عبد الباسط جميعى، مبادئ المرافعات، ط ١٩٧٤/ أبو الوفا. قانون المرافعات، ط ١٩٧٧.

النوعى، نهدف منها الى بيان عملى لسلطة القاضى فى تقدير اختصاصه النوعى، وبيان العلاقة القائمة بين القواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية فى هذا النطاق، ثم بيان كيفية تحديد الآثار الاجرائية المترتبة عل قيام أو انتفاء هذه العلاقة.

وبحثنا هنا يعالج السلطة التقديرية فى هذا النطاق بغض النظر عن نوع الحماية القضائية المطلوبة، سواد كان حماية موضوعية، أو حماية وقتية أومستعجلة.

٣٠٣- لجميع المحاكم اختصاص نوعى تحدده نصوص القانون. وجميع المحاكم هى التى تتولى تقدير توافر أو عدم توافر العناصر المكونة لاختصاصها النوعى.

والاختصاص النوعى يرمى الى تحديد اختصاص المحكمة بدعاوى معينة بالنظر الى طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية بصرف النظر عن قيمتها.

فالقاضى الجزئى على سبيل المثال يختص نوعيا ومن النظام العام بنظر دعاوى تعيين الحدود وهى الدعاوى التى يقصد بها تعيين الحد الفاصل بين العقارات. كما يختص نوعيا بدعاوى تقدير المسافات وهى الدعاوى التى يقصد بها تقدير المسافة التى يجب مراعاتها بين العقارات المملوكة للخصوم فى الدعوى.

ويختص أيضا نوعيا ومن النظام العام بدعاوى قسمة المال الشائع وهى الدعاوى التى يقصد بها قسمة الزموال المملوكة ملكية مشتركة للخصوم سواء كانت من العقارات أو المنقولات.

ولكى توصف الدعوى بأنها واحدة من الدعاوى السابقة يقوم القاضى الجزئى بتقدير عناصر النزاع لتحديد مسألة اختصاصه النوعى. ويشترط وفقا لنص المادة ٤٣ من قانون المرافعات المصرى ألا تكون الملكية محل نزاع فى مثل هذه الدعاوى.

ويراعى أن الاختصاص القيمى ليس غائبا تماما في مثل هذه الدعاوى. بل هو قائم بالذات عند تحديد ما اذا كان الحكم الصادر فى الدعوى يقبل أولا يقبل الطعن فيه بالاستئناف.

بمعنى أن صدر المادة ٤٣ مرافعات ينص على اختصاص القاضى الجزئى نوعيا بنظر هذه المنازعات مهما كانت قيمتها، وهذا هو الاختصاص النوعى بالمعنى الخاص.

وتنص هذه المادة أيضا على أن حكم القاضى فى هذه الدعاوى يكون نهائيا اذا لم تجاوز قيمتها خمسين جنيها، وعلى ذلك، يكون الحكم نهائيا اذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز النصاب النهائى للقاضى الجزئى.

ويشترط فى مثل هذه الدعاوى لكى تدخل فى الاختصاص النوعى للقاضى الجزئى ألا تكون الملكية ذاتها متنازعا عليها، وذلك فى الأحوال التى تزيد قيمة ملكية هذه الأموال عن النصاب الابتدائى للقاضى الجزئى. وعلى ذلك فاذا طرحت دعوى قسمة أو تعيين حدود أو تقدير مسافات على القاضى الجزئى، فعليه لتقدير مسألة تحديد اختصاصه النوعى أن يبحث بعض المسائل المتعلقة بأصل الحق ومنها تقدير أن الحق الشخصى أو حق الملكية غير متنازع عليه، وأن قيمته تدخل أولا تدخل فى اختصاصه. وهذا يقتضى من القاضى العرض للعديد من القواعد الموضوعية المتعلقة بأصل الحق بهدف تحديد اختصاصه النوعى.

٣٠٤- وعلى ذلك فقد يكون الحق أو الملكية فى مثل هذه الدعاوى متنازعا عليه ورغم ذلك يختص القاضى بنظر مثل هذه المنازعات. وهنا يكون اختصاصه نوعيا بالنسبة للقسمة أو تعيين الحدود أو تقدير المسافات، ويكون اختصاصه عاديا بدعوى الحق أو الملكية، وذلك فى الحالات التى يدخل فيها النزاع على أصل الحق بحسب قيمته فى اختصاصه العادى.

وهنا تترتب نتيجة فى غاية الأهمية وهى أنه فى الأحوال التى تقبل الدعوى فيها التجزئة، وعند عدم وجود نص يحدد نصاب الاستئناف كما هو وارد فى صدر المادة ٤٣ مرافعات مصرى، فان الحكم الصادر فى تعيين

الحدود وتقدير المسافات أو قسمة المال، بما أنه صادر فى نطاق الاختصاص النوعى المتعلق بالنظام العام، فانه يقبل الاستئناف فى جميع الأحوال، أما الحكم الصادر فى مسألة الحق أو الملية فان قابليته للطعن تتوقف على قواعد نصاب الطعن.

ومن ناحية أخرى فاذا كان هناك نزاع على أصل الحق وطرحت دعوى من الدعاوى المتعلقة بتقدير المسافات أو تعيين الحدود أو القسمة على القاضى الجزئى وحدها، فانه يختص بها حتى ولو كان هناك نزاع على أصل الحق طالما أمكن الفصل بين المسألتين. ويشترط فى مثل هذه الحالة أن تعرض المسألة المتعلقة بأصل الحق بالفعل على المحكمة، فلا يجوز لهذه الأخيرة اثارة هذه المسألة من تلقاء نفسها عند امتناع الخصوم عن طرحها عليها (مادة ٤٦ مرافعات)، كما يشترط أن تزيد قيمة أصل الحق على اختصاص القاضى الجزئى.

ويشترط بالاضافة الى ذلك ألا يترتب على الفصل بين الطلبين ضررا بحسن سير العدالة، وهنا ينظر القاضى الطلب الأصلى فقط. ويحكم بعدم الاختصاص بنظر مسألة الملكية.

أما اذا زادت قيمة النزاع لعى أصل الحق عن اختصاص القاضى الجزئى. وكان يترتب على الفصل بين الطلب الأصلى والطلب العارض الخاص بالملكية ضررا بحسن سير العدالة، ففى هذه الحالة يحكم ولو من تلقاء نفسه بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة الابتدائية. وتنصب الاحالة على الطلب الأصلى والعارض أو المرتبط.

فى مثل هذه الأحوال نجد أن فحص المسائل الموضوعية. والقواعد القانونية المتعلقة بها قام به القاضى وهو بصدد البحث عن تحديد اختصاصه النوعى. وعلى ضوء النتيجة المتعلقة بهذا البحث تحدد مجموعة من الآثار الاجرائية.

من هذه الآثار تحديد ما اذا كان مختصا نوعيا أم لا. تحديد ما اذا كان يمكن الفصل بين الطلب العارض والطلب الأصلى أم لا. تحديد ما اذا كان

يوجد ارتباط بين الأمرين أم لا. تحديد ما اذا كان يوجد ضرر بحسن سير العدالة نتيجة الفصل بين الطلبين أم لا. هل يستطيع أن يحكم بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة الابتدائية أم لا. هل يستطيع أن يحكم بعدم الاختصاص والاحالة الى المحكمة الابتدائية أم لا. واذا حكم بعدم الاختصاص والاحالة فان المحكمة الابتدائية تلتزم بنظر الدعوى، وهذا الالزام يجد أساسه فى البحث الموضوعى الذى قام به القاضى للمسألة الموضوعية السابقة والتى تحدد اختصاصه. وحتى حينما نجد أن المشرع ينص فى مثل هذه الحالة أن حكم الاحالة لا يكون قابلا للطعن فيه بأى طريق (مادة ٤٦)، فان عدم القابلية للطعن يجد أحد أسسه الفلسفية، فى رأينا، فى البحث الذى قام به القاضى الجزئى لمعرفة ما اذا كان الفصل بين الطلب الأصلى والطلب العارض يترتب عليه، أو لا يترتب ضررا بحسن سير العدالة.

جميع هذه النتائج وغيرها هى آثار اجرائية لبحث القاضى مسائل موضوعية لازمة لتحديد اختصاصه النوعى.

كما يلاحظ أن القاضى اذا استشف نزاعا على أصل الحق فى مثل هذه الدعاوى، فله أن يحكم بوقف الدعوى الخاصة بتعيين الحدود أو تقدير المسافات الى أن يتم الفصل فى المسألة الموضوعية المتعلقة بأصل الحق من المحكمة المختصة بها.

٣٠٥- ونفس هذا التحليل يصدق على الدعاوى التجارية أو العمالية الجزئية، والدعاوى الوقتية أو المستعجلة والتى سنفرد مبحثا خاصا لها فيما بعد، وكذلك المنازعات الشرعية ومنازعات الولاية على المال وعلى النفس.

ومن جهة أخرى فاننا نستطيع القول بأن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧ من قانون المرافعات المصرى قد أتت بقاعدة عامة فى تحديد الاختصاص النوعى للمحاكم الابتدائية.

فهذه الفقرة تنص على أنه: «كما تختص - المحكمة الابتدائية - بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة، وكذلك فى الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو نوعها».

واذا قصرنا البحث على مسألة الارتباط ودور القاضى فى تقديره لمعرفة اختصاصه النوعى، فاننا نرى أنه يوجد ارتباط بين دعويين اذا كان القضاء فى احداهما من شأنه التأثير فى القضاء فى الأخرى، مما يجعل من حسن ادارة القضاء تحقيقهما والحكم فيهما معا.

ويوجد الارتباط بين دعويين اذا كان عنصر السبب أو عنصر المحل فيهما هو شيئا واحدا، أو اذا كان كلا العنصرين مشتركا. وبناء على ذلك فاذا باع شخص شيئا الى شخصين، فان دعواه بالثمن ضد أحدهما تعتبر مرتبطة بدعواه بالثمن ضد الآخر. فالسبب هنا واحد.

٣٠٦- أما وحدة المحل، فلا يشترط لتحقيق الارتباط على أساسها وحدة الحماية القضائية المطلوبة، بل تكفى وحدة المال المطلوب حمايته.ولهذا يوجد ارتباط بين دعوى الحيازة ودعوى التعويض عن الاعتداء على الحيازة.

أما وحدة المحل والسبب فمثالها دعوى الدائن ضد مدينه ودعواه ضد مدين آخر متضامن مع الأول[1].

ومن جهة أخرى، يوجد ارتباط بين دعويين اذا كان نظرهما منفصلين قد يؤدى الى احتمال صدور حكمين متعارضين. ولهذا يوجد ارتباط بين دعوى التعويض التى يرفعها قاء سيارة على قائد سيارة أخرى تصادم معها.

ودعوى التعويض التى يرفعها هذا الأخير على الأول يزعم أنه هو المسئول عن الحادث.

وعلى وجه العموم يوجد ارتباط كلما كان الحكم فى احدى الدعويين من شأنه التأثير فى الحكم الصادر فى الدعوى الأخرى. وبناء على ذلك يوجد ارتباط بين دعوى الاستحقاق التى يرفعها مدعى ملكية مال معين، ودعوى

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٣١١ - ٣١٢.
- ابراهيم سعد، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٤١.
- عبدالعزيز البديوى. المرجع السابق، ص ٢٢٧.

الضمان التى يرفعها المدعى عليه فيها باعتباره مشتريا على بائع المال لالزامه بضمان الاستحقاق.

وأيا ما كان الأمر فى مسللة الارتباط، فكل ما سبق هو شرح لحالات الارتباط، وليس تحليلا لفكرة الارتباط ذاتها[١].

ومن النظرة الأولى يتضح لنا أن الارتباط يقوم أساسا داخل المراكز الموضوعية لأطراف رابطة الحق المتنازع عليه، وأى بحث فى الارتباط لابد له من أن ينصب على هذه المسألة بصفة جوهرية. فوحدة المركز الموضوعى المولدة للارتباط تقتضى وجود رابطة ما بين المراكز الموضوعية المتنازع عليها، تؤدى هذه الرابطة الى وجود ارتباط يتعين معه ضرورة الفصل فى هذه المراكز بحكم واحد صادر من محكمة واحدة.

والقاضى هو الذى يتولى بمطلق سلطته التقديرية تحديد علاقة الارتباط. ومدى قوة هذه العلاقة فهناك الارتباط البسيط الذى يقبل التجزئة، وهناك الارتباط الذى لا يقبل التجزئة، وهذا التقسيم لنوعى الارتباط يؤثر فى مسألة الاختصاص النوعى (راجع مادة ٤٦ مرافعات).

٣٠٧- والقاعدة أنه اذا كان كل طلب من الطلبات المرتبطة يدخل فى الاختصاص النوعى لنفس القاضى، فلا مشكلة، اذ كما يختص هو بكل منهما على استقلال، فانه يختص بهما بعد جمعهما أمامه.

ولكن المشكلة تنور اذا كان كل طلب يدخل فى الاختصاص النوعى لمحكمة مختلفة أو كان يدخل فى الاختصاص النوعى لمحكمة والآخر فى الاختصاص القيمى لمحكمة أخرى.

---

(١) Faurcade: la connexité en procédure civile. Thése. Paris. 1938.
- Moreau: les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties Thèse. paris. 1966.
- Groslière: d'indivisibilité en matières de voies de recours. Thèse. Paris 1959.

والقاعدة هنا هى أن المحكمة الابتدائية باعتبارها المحكمة ذات الاختصاص العام، تختص بالطلبات المرتبطة ولو كان أحدها يدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية لو رفع لعى استقلال. وعلى العكس من ذلك فان المحكمة الجزئية لا تختص بأى طلب – ولو كان مرتبطا بطلب آخر تختص به – ما دام يخرج عن اختصاصها النوعى.

ومن جهة أخرى – يرى البعض بحق – أن المحكمة العادية – ابتدائية أو جزئية – لا تختص بالطلب المرتبط ولو رفع اليها كطلب عارض، اذا كان هذا الطلب يدخل فى ولاية محكمة استثنائية والعكس صحيح[١].

وبناء على ذلك فإنه من المتعين على القاضى بحث مسألة الارتباط. وهو فى بحثه هذا يبحث القواعد الموضوعية المتعلقة بالمراكز القانونية الموضوعية المتنازع عليها. والنتيجة التى يصل اليها بصدد الارتباط تؤثر فى احداث العديد من الآثار الاجرائية فى قمتها تحديد اختصاصه النوعى مع ما يترتب على ذلك من اثارة وسائئ وأدوات اجرائية كالحكم بعدم الاختصاص والاحالة، والزام محكمة أخرى بالفصل فى النزاع.

وننتقل الآن الى المطلب الثانى المتعلق بدراسة تقدير القاضى لشروط قبول الادعاء.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير شروط قبول الادعاء

٣٠٨– دراسة اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى نطاق شروط قبول الادعاء تتركز بصفة جوهرية على ذات عملية التقدير التى يقوم بها القاضى لشروط قبول الادعاء.

فالادعاء قد يرد فى صحيفة الدعوى، الأصلية أو العارضة، وسواء كان الادعاء طعنا أو دعوى مبتدأة، فالذى يهمنا هو الادعاء ذاته وليس الورقة التى تحمله.

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٣١٣.

ونحن ندرس فقط شروط قبول الادعاء، ولا ندرس الادعاء فى ذاته، فهذا محله يأتى من بعد.

وبصدد شروط قبول الادعاء، فنحن لا نصنفها ولا نناقشها فى ذاتها، فهذه دراسة تم لنا انجازها من قبل فى مؤلفات أخرى[1]، وانما نحن ندرس عملية التقدير ذاتها لهذه الشروط اللازمة لقبول الادعاء.

وهدف هذه الدراسة واضح، ويتسق مع الهدف العام لهذا الباب وهو اظهار - عن طريق التطبيق العملى لسلطة القاضى التقديرية - مدى الوصل القائم بين القاعدة القانونية الموضوعية، والقاعدة القانونية الاجرائية. ثم تحديد الآثار التى تترتب على قيام هذا الوصل من الناحية القانونية.

وعلى هذا ينقسم هذا المطلب الى الفروع التالية:

الفرع الأول: تقدير القاضى لقانونية المصلحة.

الفرع الثانى: تقدير القاضى لشخصية المصلحة.

الفرع الثالث: تقدير القاضى للمصلحة القائمة والحالة.

والى تفصيل كل ذلك.

الفرع الأول

تقدير القاضي لقانونية المصلحة

٣٠٩- تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصرى على أنه: «لا يقبل أى طلب أود فع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفى المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو استيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

ومن هذا النص يتضح ضرورة توافر المصلحة فى أى ادعاء يطرح أمام القضاء بهدف الحصول على حكم فى موضوعه.

والقاضى هو الذى يقوم بتقدير توافر المصلحة التى يتطلبها القانون والتأكد من اجتماع الأوصاف القانونية فيها.

---

(١) نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٨١.

ولكن كيف يتم هذا التأكد؟

يتم هذا التأكد في رأينا عن طريق مجموعة من الأدوات التي يستعملها لاقاضي بهدف التوصل الى هذا التأكيد.

هذه الأدوات هي:

- القواعد القانونية الموضوعية المتعلقة بمضمون الادعاء المطروح عليه.

- القواعد القانونية الأجرائية المحددة لشروط قبول الادعاء.

- نشاط ذهني معين يقوم به القاضي، ومادة هذا النشاط هي الوقائع المطروحة على القاضي، وقواعد القانون الموضوعي والاجرائي المتعلقة بالادعاء المطروح عليه.

والسؤال الآن هو كيف يتم عمل القاضي التقديري؟ والاجابة عن هذا السؤال تقتضي التحليل التالي.

٣١٠- من الثابت أنه يشترط لوجود الحق في الدعوى أن يوجد حق أومركز قانوني يحميه القانون، فحيث لا يوجد حق لا توجد دعوى. والحق الموضوعي أيا كان هو مركز واقعي أي مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون.

وبناء على ذلك فانه يشترط لوجود الحق في الدعوى وجود قاعدة قانونية تحمي مصلحة من النوع الذي يتمسك به المدعي. وهذه تعتبر مسألة قانونية موضوعية تبحث بواسطة القاضي من الناحية المجردة.

فاذا لم يكن هناك وجود لمثل هذه القاعدة القانونية، أي اذا لم توجد حماية قانونية لهذه المصلحة التي يتمسك بها المدعي، فلا ينشأ الحق في الدعوى.

ولا يشترط أن ترد القاعدة القانونية المجردة في نص صريح في التشريع. فيمكن أن يصل القاضي الى تقرير وجودها عن طريق القياس أوبالنظر الى المبادئ العامة في القانون.

ومن جهة أخرى يشترط لقيام الحق فى الدعوى ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة، وهذه مسألة واقعية تبحث فى الحالة المحددة التى يطرحها المدعى على القضاء. ومن الطبيعى أن المسألة القانونية المجردة تعرض قبل المسألة الواقعية، لأنه اذا لم توجد القاعدة المدعاة، فلا معنى لاثبات الوقائع التى تنطبق عليها هذه القاعدة.

هذه هى بايجاز فكرة المصلحة فى الدعوى، أى المصلحة كشرط من شروط قيام الحق فى الدعوى ذاتها باعتبارها الأداة القانونية التى تحمل الادعاء. ونقصد بالمصلحة هنا مجرد وصف من أوصافها وهو قانونية المصلحة فى هذا المجال، أى فى مجال نشوء الحق فى الدعوى[1].

وبالنسبة لهذا الشرط من شروط نشأة الحق فى الدعوى فمن الثابت أيضا أنه اذا تخلف الحق الموضوعى المطلوب حمايته بسبب عدم وجود قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك المدعى بحمايته، كما لو طلب المدعى بدين قمار، أو طالب بالطلاق فى قانون لا يبيح الطلاق، أو طالب بمحض حماية مصلحة اقتصادية، هنا لا ينشأ الحق فى الدعوى لصالح المدعى[2].

والعلة فى ذلك ترجع الى أن وجود قاعدة قانونية عامة مجردة يمكن التأكد منها دون بحث فى الحالة المحددة التى يطرحها المدعى على القضاء ويطلب تطبيق القاعدة العامة عليها.

وسنرى من بعد كيف يعمل القاضى لتقدير كل هذه المسائل.

وبالنسبة للادعاء الذى يكون مضمون الدعوى ضمن شروطه وجوب أن يرمى الى حماية مصلحة قانونية. والقانون يقتضى المصلحة كشرط لقبول الطلب القضائى. فلادعوى بلا مصلحة.

ويقصد بالمصلحة الفائدة العملية التى تعود على المدعى من الحكم له

---

(١) فتحى والى. الوسيط. ص ٧٠ – ٧١.

(٢) فتحى والى، الوسيط، ص ٥٤٥.

بطلبه. وهذه الفائدة تنشأ مما يحققه الحكم من يقين قانونى. فهى اذا عبارة عن مصلحة المدعى فى الحصول على اليقين القانونى. وهذه المصلحة تتواجد كلما أصاب المدعى ضرر من التجهيل القانونى. وقد يترتب هذا الضرر عن الاعتداء على حق المدعى وهنا تكون له مصلحة فى دعوى الالزام. ولكنه – أى التجهيل – قد ينشأ عن ظروف موضوعية أو شخصية أخرى، كوجود عقد باطل، أو مزاعم جدية ضارة يذيعها الغير. كما أن هذا الضرر قد يحدث نتيجة تجهيل بحكم القانن لحق منشئ فتتوافر هنا المصلحة فى دعوى تقريرية[1].

والمصلحة القانونية الواجب توافرها فى الادعاء وفقا لهذا الرأى تتلخص فى لافائدة التى تعود على المدعى من حصوله على اليقين القانونى[2].

ويظهر هنا الارتباط بين فكرة المصلحة القانونية، وفكرة تجهيل المراكز القانونية تجهيلا من شأنه أن يعوق نفاذ النظام القانونى[3].

وتؤخذ هذه المصلحة بصورة مجردة افتراضية كعلامة على وجود الحاجة الى العمل القضائى بالنسبة لدعوى معينة، أى على وجود المصلحة العامة لليقين القانونى.

٣١١– ويجب أن تكون المصلحة فى الادعاء، وكشرط لقبوله مصلحة قانونية. وقد رأينا أن شرط المصلحة القانونية هو أيضا شرط لنشأة الحق فى الدعوى، ويؤدى تخلفه – فى الأصل – الى الحكم برفض الدعوى، كما سوف نرى من بعد، أما تخلف هذا الشرط فى الادعاء فانه يؤدى الى عدم قبول الطلب القضائى.

فالمصلحة فى الادعاء ينظر اليها من زاويتين فى آن واحد: الأولى

---

(١) وجدى راغب، العمل القضائى، ص ٤٩٣/ رمزى سيف، الوسيط، ص ١٣٧/ عبدالباسط جميعى، شرح قانون المرافعات الجديد، ص ٢٤٩/ محمد حامد فهمى، المرافعات ص٣٦١.

(٢) وجدى راغب، ص ٤٩٤.

(٣) وجدى راغب، ص ٤٩٤.

الجانب المادى أو الموضوعى فى المصلحة، الثانية الجانب القانونى فى هذه المصلحة. كما سوف نرى حالا.

فموضوع الادعاء يجب أن ينصب على التمس بحق أو بمركز قانونى وبعبارة أخرى، يجب أن تستند الدعوى الى قاعدة قانونية مجردة. فلا تقبل الدعوى اذا كان ما يطلبه المدعى هو حماية مصلحة اقتصادية أو أدبية لا يقرر لها القانونى حماية مجردة.

ولا تعنى قانونية الادعاء وجود الحق أو المركز القانونى فعلا، وانما تعنى فقط وجود الحماية المجردة لنوع المصلحة التى يطلبها المدعى، وهو ما يتحقق منه القاضى من صياغة الدعوى ذاتها دون بحث للوقائع. ويرتبط هذا المقتضى بالوظيفة القانونية للعمل القضائى، فهو يستهدف اليقين القانونى. ولذا لا يتخذ موضوعا لبحثه سوى المراكز القانونية.

هذه بإيجاز هى فكرة المصلحة القانونية الواجب توافرها لنشأة الحق فى الدعوى، والواجب وتوافرها لقبول الادعاء، والذى يهمنا حقيقة فى هذا المقام هو دراسة كيفية قيام القاضى بتقدير قيام هذه المصلحة القانونية أو عدم قيامها، والآثار المترتبة على هذا التقدير.

٣١٢- عندما يقوم القاضى ببحث عنصر قانونية المصلحة فعليه أن يتأكد من خلال صياغة الطلب القضائى أن ما يدعيه المدعى تتوافر فيه المصلحة التى يحميها القانون بصفة مجردة[1].

فاذا ما تبين له أن الادعاء هو ادعاء بحق أو مركز لا يقره القانونى ولا يحميه، فانه يحكم بعدم قبول الطلب لعدم قانونيته دون بحث الوقائع ذاتها والتحقق منها.

وبناء على ذلك فان القاضى حينما يتصدى لبحث مسألة قانونية المصلحة، فهو يحل مسألة قانونية بحت، هى البحث عن وجود قاعدة

---

(١) نبيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، ص ١٢٤.

- فتحى والى، الوسيط، ص ٥٤٩/ أبو الوفا، الدفوع، ص ٨١٨/ ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٥٠/ وجدى راغب، مبادئ المرافعات، ص ١١.

قانونية تمنح حماية لمثل هذا الحق المدعى به. بمعنى أنه يتأكد من أن الادعاء هو ادعاء بحق يستحق حماية القانون، أى أن المصلحة التى يطالب بها أو يطالب بحمايتها هى من المصالح التى يحميها القانون.

والبحث فى المصلحة القانونية الذى يقوم به القاضى هو بحث فى الواقع وفى القانون، ولكن الواقع يؤخذ بصورة مجردة ويفرض صحته، أما القاعدة القانونية فيخترقها القاضى لمعرفة ما اذا كانت تحمى هذا النوع من المراكز القانونية أم لا.

فالقاضى يتركز نشاطه فى التحقق من أن المصلحة التى يدعيها الشخص هى من المصالح التى يحميها القانون بصفة مجردة.

والقاضى فى تقديره هذا لا يحسم النزاع على الوقائع، لأنه ما زال فى مرحلة البحث عن قبول أو عدم قبول الادعاء. والدليل على ذلك أنه لا يشترط فى هذه المرحلة أن يتحقق القاضى من ثبوت الحق فى جانب المدعى، بل يكفى أن يكون الادعاء هو ادعاء بحق من الحقوق التى تستحق الحماية القانونية.

وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية أن لا يلزم أن يثبت الحق للمدعى حتى تقبل دعواه، بل يكفى أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه جديرة بالعرض أمام القضاء[1].

٣١٣- وندفع بعيدا هذا التحليل: حينما يقوم القاضى بتقدير وصف قانونية المصلح، فانه ينظر وقائع الادعاء أو مادياته بصورة سطحية ولأول مرة ليعرف نوع المراكز القانونية المتنازع عليها. وبعد ذلك يقوم بتكوين فكرة عامة مجردة عن هذا المركز المادى. ومعنى أنه يكون فكرة عامة عنه، أنه يقوم بادخاله فى أحد طوائف المعرفة الانسانية التى توجد لدى الجميع، فيعرف هل هذا نزاع عقدى، أم تقصيرى، أم متعلقة بالأحوال الشخصية ... الخ.

كل هذا يتم دون تمحيص ودون اثبات ودون دفاع.

(١) نقض مدنى ١٧/ ٦/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ٩٧٠.

لنسبة لكل ادعاء يطرح على القاضى أيا كانت صورته.

بعد ذلك يقوم القاضى ببحث القواعد القانونية التى يحتمل قابليتها للانطباق على ذها النزاع. واحتمال قابلية انطباق القاعدة القانونية على النزاع المطروح على القاضى هو رهن بكون هذه القاعدة القانونية تحمى نوع المصلحة القائمة فى ثنايا المركز الموضوعى المتنازع عليه والمطروح على القاضى.

هذا البحث ينتهى بالايجاب أو بالسلب، فاذا كانت القاعدة القانونية التى يراها القاضى قابلة لحكم النزاع تحمى نوع المصلحة التى رأى القاضى توافرها فى الوقائع، فالنتيجة هى قبول الادعاء. لأن المصلحة فيه هى مصلحة قانونية.

أما اذا لم تكن المصلحة القائمة فى ثنايا الادعاء ليست من نوع المصالح التى تحميها القاعدة القانونية المحتملة التطبيق فالقاضى يحكم بعدم قبول الادعاء، لأن المصلحة هنا لا تكون قانونية، ومعنى ذلك أن القانون لا يحميها، ولا يلزم بالضرورة أن تكون غير مشروعة، فعدم المشروعية يعنى التأثيم، وليس هناك تلازم بين عدم حماية القانون لمصلحة معينة وضرورة أن تكون هذه المصلحة مؤثمة.

فى كل هذه المراحل لم يفصل القاضى بأية صورة من الصور فى مسائل الواقع فهو قد استخدم هذا الواقع كدالة أو كدليل لبحث مجرد فى قواعد القانون التى يحتمل قابليتها للانطباق على نوع النزاع المطروح عليه.

وعلى ذلك فعدم قبول القاضى للادعاء الذى لا يقوم على مصلحة قانونية يتضمن فصلا فى الموضوع المطروح عليه.

٣١٤- فهو لم يكون رأيا قانونيا بحكم حاسم للنزاع على هذا الواقع. أى أن القاضى لم يصدر بعد - وفى هذه المرحلة - حكما قطعيا يزيل تجهيل المراكز القانونية بصدد هذا المركز الواقعى المطروح عليه.

كما أن بحث القاضى التقديرى فى هذه المرحلة حول القاعدة القانونية

لا يتضمن أيضا فصلا فى مسألة متعلقة بأصل الحق. لأنه يبحث بطريقة مجردة مسألة محددة: هل القاعدة القانونية المحتملة التطبيق على وقائع النزاع تحمى أو لا تحمى نوع المصلحة القائمة فى ثنايا الوقائع المادية المطروحة عليه أم لا.

فبحث القاضى فى مجال القانون اذا لا يهدف فى هذه المرحلة الى تطبيق فعلى لأى قاعدة قانونية على الوقائع المطروحة عليه، وانما هو يبحث فقط مسألة قبول الادعاء بهذه الوقائع. ولكى تكون هذه الأخيرة مقبولة يجب أن ترمى الى حماية مصلحة قانونية، وهذا هو بالضبط ما يبحث عنه القاضى بما له من سلطة تقديرية. فهو اذا لا يحسم مسائل الواقع، كما أنه لا يحسم مسائل القانون بحكم قطعى يزيل التجهيل حول المراكز القانونية الموضوعية المتعلقة بأصل الحق.

وبناء على كل ذلك يتأكد لنا ما سبق أن أبديناه فى مؤلف سابق منذ سنوات خلت حينما قلنا أن الدفع بعدم القبول ليس دفعا موضوعيا ولا هو دفعا شكليا[1].

ويترتب على ذلك أيضا أن الفصل فى قيام أو عدم قيام المصلحة القانونية يؤدى الى ازالة التجهيل عن مركز قانونى معين بحكم قطعى. هذا المركز هو حق المدعى فى قبول طلبه للحماية القضائية. فعلى ضوء الحكم الصادر فى الدفع يتأكد لنا أحقية أو عدم أحقية طالب الحماية القضائية فيها.

وعدم قبول الادعاء لانتفاء المصلحة القانونية لا يحول دون امكانية تجديد رفع الطلب مرة أخرى فى الأحوال التى تقوم فيها هذه المصلحة. وبالاضافة لاى بحث قانونية المصلحة فى الطلب القضائى الذى يتضمن اعلان رغبة أمام القضاء، فى صورة طرح ادعاء معين عليه، فان القاضى يبحث أيضا شرط قانونية المصلحة الواجب توافرها لنشأة الحق فى الدعوى ذاتها.

(١) الدفع بعدم القبول ونظامه القانونى، منشأة المعارف ١٩٨١، ص ١٢٥.

٣١٥- فقد سبق القول أنه يوجد ضمن الشروط اللازم توافرها لقيام الحق فى الدعوى القضائية ضرورة توافر حق أو مركز قانونى، وأن توجد قاعدة قانونية تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى، وهذه مسألة قانونية تبحث من الناحية المجردة. والقاضى هو الذى يتولى بحث هذين العنصرين.

وهذه العناصر مجتمعة تكون شرط المصلحة لاقانونية الواجب توافرها لنشزة الحق فى الدعوى. والقاضى فى بحثه عن هذه العناصر يفصل فى مسائل موضوعية بحكم قطعى. فهو يصدر حكما برفض الدعوى حيث لا تتوافر عناصر نشأة هذه الدعوى. وقبل أن يصدر القاضى هذا الحكم فانه يقوم ببحث موضوعى فى الواقع والقانون ويحسم مسألة موضوعية بصفة قطعية، هى مسألة وجود أو عدم وجود الحق فى الدعوى.

والسبب فى ذلك هو أن بحث قيام أو عدم قيام الحق فى الدعوى يختلف عن بحث مجرد وجود أو عدم وجود الحق فى الحصول على حكم فى موضوع الدعوى، والذى يهدف اليه الادعاء المطروح بواسطة الدعوى على القاضى.

لهذا كانت المغايرة فى طبيعة الحكم الصادر، فهو عدم قبول للادعاء اذا لم يستند على مصلحة قانونية، ورفض للدعوى اذا تخلف شرط من الشروط اللازمة لنشأة الحق فيها.

وعلى ذلك يرى البعض[1]، أنه اذا كان اعلان الرغبة يتضمن طلبا قضائيا مضمونه رفع دعوى الى المحكمة فانه فضلا عن خضوعه لتكييف عدم القبول باعتباره عملا اجرائيا لسبب يتعلق بأسباب عدم القبول العامة، فانه يخضع لتكييف عدم القبول لأسباب تتعلق بالدعوى.

وعلى هذا فقد رؤى استعمال فكرة عدم القبول، التى مقتضاها عدم

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٥٤٥/ عبدالمنعم الشرقاوى، المصلحة، رسالة، ص ٤٠/ أبوالوفا، الدفوع، ص ٨٢٠/ نبيل عمر. الدفع بعدم القبول، ص ١٣٠.

النظر فى حق الطالب فيما يطلب، فى الحالات التى يكون فيها تخلف الحق فى الدعوى ظاهرا بحيث لا يحتاج الأمر الى نظر موضوع الدعوى.

والذى نود التركيز عليه فى هذا الصدد هو أن الفصل فى مسألة نشوء الحق فى الدعوى لا يتضمن بأية صورة فصلا فى مسألة مضمون الادعاء الذى تتضمنه هذه الدعوى.

٣١٦- ويتضح من كل ما تقدم مدى الوصل القائم بين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية، هذا الوصل الذى يظهر بجلاء فى بحث القاضى لشروط نشأة الحق فى الدعوى، وشروط قبول الادعاء الذى تتضمنه هذه الدعوى بصدد مسألة توافر أو عدم توافر المصلحة القانونية. وقد رأينا أنه على ضوء هذا البحث تحدث العديد من الآثار الاجرائية منها نظر موضوع الادعاء وانطلاق الخصومة القضائية. كذلك نوع الحكم الصادر فى هذا الطلب يتأثر الى حد كبير نتيجة هذا البحث مما يوثر على قابليته للطعن فيه وتحديد نوع الطعن الواجب ممارسته.

أكثر من ذلك فان سلطات محكمة الطعن ونطاق الأثر الناقل لهذا الطعن يتوقف الى حد كبير على نتيجة البحث الذى يقوم به القاضى[1].

وننتقل الآن الى دراسة سلطة القاضى التقديرية بالنسبة لوصف آخر من أوصاف المصلحة، وهو كون المصلحة اللازمة لقبول الادعاء هى مصلحة شخصية ومباشرة.

---

(١) يرى بعض الفقه أن كل هذه النتائج يمكن التوصل اليها عن طريق الرجوع الى فكرة وجود حق أو مركز قانونى، ويرى استبدال شرط المصلحة القاونية، بشرط وجود هذا الحق أو هذا المركز القانونى، وأيا ما كانت وجهة نظرنا فى هذا الموضوع، فالمهم عندنا هو تركيز هذا الرأى على فكرة الحق الموضوعى - فى نطاق شروط قبول الادعاء، وشروط نشأة الحق فى الدعوى - واتصالها كدالة على تحديد مضمون القاعدة الاجرائية - بالاثار الاجرائية، وأهمية كل هذا فى نطاق سلطة القاضى التقديرية.

- راجع فتحى والى، الوسيط، ص ٨١ وما بعدها.

الفرع الثانى

تقدير القاضي للمصلحة الشخصية المباشرة

٣١٧- من أوصاف المصلحة اللازمة لقبول الادعاء أمام القضاء. ولنشأة الحق فى الدعوى، ضرورة أن تكون شخصية ومباشرة، وهذا ما يعبر عنه بالصفة. دراسة هذا الوصف فى هذا المكان تنحصر فقط فى بحث كيفية تقديره بواسطة القاضى. هذا التقدير ينصب على عناصر متعددة، ويولد آثارا متعددة، ويكف عن روابط هامة بين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية، وهذا هدف مطلوب بشدة الكشف عنه، وبيان أهميته العملية، وندرسه كما يلى.

يشترط لنشأة الحق في الدعوى بالاضافة الى وجود حق أو مركز قانونى، ووجود قاعد قانونية تحمى نوع هذا الحق أو المركز القانونى، يشترط أن تنسب الدعوى ايجابا لصاحب الحق أو المركز القانونى، وسلبا لمن يوجد الحق فى الدعوى فى مواجهته، هذه النسبة يعبر عنها بشرط الصفة. هذه الصفة هى تمييز للجانب الشخص للحق فى الدعوى.

وفى الغالب وبمجرد اثبات الحق أو المركز القانونى، وحدوث الاعتداء تثبت الصفة فى الدعوى، ذلك أن الدعوى التى تنشأ عن الاعتداء على حق معين تكون لصاحب هذا الحق فى مواجهة المعتدى.

الصفة اذا بهذا المعنى هى شرط لنشأة الحق فى الدعوى.

ومع ذلك فقد تبرز مسألة الصفة منفصلة عن مشكلة اثبات الحق أوالمركز القانونى محل الحماية، وذلك فى الحالة التى يكون الحق فيها متعدد الأطراف بأن كان هناك أكثر من طرف ايجابى أو سلبى. هنا تثور مشكلة تحديد من له صفة فى الدعوى، هل هو جميع الأطراف أم يكفى واحد منهم، فى الواقع ان الاجابة على هذا السؤال تهمنا فى نطاق بحث سلطة القاضى التقديرية.

٣١٨- ذلك أنه فى الحالات التى يتعدد فيها أطراف الحق فان المشرع

غالبا هو الذى يحدد من منهم يكون هو صاحب الحق فى الدعوى أى من له صفة فى رفع الدعوى فينص مثلا على أنه عند تضامن الدائنين يكون لأى منهم الحق فى الدعوى.

فاذا سكت المشرع، فعلى القاضى اجراء بحثه التقديرى لمعرفة العناصر المحددة للدعوى المرفوعة أمامه، وما اذا كانت دعوى الزام، أم دعوى تقرير، أم دعوى منشئة. وتحديد القاضى لطبيعة الدعوى، بهدف تحديد شرط الصفة اللازم لنشأة الحق فى الدعوى، يلزم القاضى بالتطرق الى بحث مسائل خاصة بأصل الحق.

فدعوى الالزام هى دعوى ترد على حق فى أداء، والقاضى هو الذى يقدر ذلك على ضوء بحث عناصر الواقع، وعناصر القانون. وبحثه فى عناصر الواقع ينصب على الوقائع المولدة للحق فى الدعوى. هذه الوقائع يمكن تواجدها بين عناصر ذات الادعاء الذى تتضمنه هذه الدعوى، كما يمكن أن يوجد سابقا على هذا الادعاء. ودعوى الالزام يمكن نأن تكون من طرف واحد، أو ضد طرف واحد، كما يمكن أن يتعدد الأطراف فيها. فهذه الدعوى لا ترتب أثرا، على وجه العموم، الا فى مواجهة من كان طرفا فيها وفقا لقاعدة النسبية.

وعلى ذلك فيجب على القاعدة تقدير الرابطة القانونية الموضوعية المولدة لدعوى الالزام بهدف تحديد أثر الحكم الصادر فى الدعوى بناء على تحديد الصفة كشرط من شروط نشأة هذا الحق.

أما اذا كانت العناصر محل تقدير القاضى تدل على أن الدعوى المطروحة عليه هى دعوى مقررة أو منشئة تتعلق برابطة قانونية واحدة، فان نشأة الصفة كشرط لميلاد الحق فى الدعوى لا يجوز أن تكون الا بين جميع أطراف هذه الرابطة. ذلك أن ما يوجد كرابطة أو مركز قانونى واحد لا يتصور أن يتأكد أو أن يتغير الا فى مواجهة جميع أطرافه[1].

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٧٣.

٣١٩- ومن جهة أخرى، فان الصفة كشرط لنشأة الحق فى الدعوى قد لا تكون فقط لصاحب الحق أو المركز القانونى الموضوعى، وانما تثبت أيضا لغيره ممن تهمه حماية هذه المصلحة. ويستخلص القاضى هذه النتيجة من كون المصلحة القانونية المشترطة أيضا لنشأة الحق فى الدعوى، تكون وفقا للقانون، مصلحة جماعية أو مصلحة عامة.

مثال ذلك دعاوى النقابات والجمعيات ودعاوى النيابة العامة.

فعلى القاضى اذاً لتقدير شرط الصفة كعنصر لازم لنشأة الحق فى الدعوى التطرق بالبحث للروابط الموضوعية والمراكز القانونية المتعلقة بأصل الحق، وكذا عليه بحث قواعد القانونى المرتبطة بهذه المراكز، وذلك لتقدير نشأة الحق فى الدعوى، وثبوته لصاحب معين.

وهو فى هذا البحث لا يفصل فى ادعاء، وانما يفصل فى وجود أو عدم وجود الوعاء أو الوسيلة التى تحمل هذا الادعاء اليه، وهى الحق فى الدعوى ذاته.

ومن جهة أخرى يتعين على القاضى فى بحثه لهذا الشرط أن يميزه عن الصفة الاجرائية أو التمثيل القانونى.

فقد يحدث أن يكون لشخص رفع الدعوى نيابة عن صاحبها، فلا ترفع الدعوى ممن له صفة فيها وانما ترفع ممن يمثله قانونا.

وللتفرقة بين الصفة كشرط لنشأة الحق فى الدعوى، والصفة الاجرائية أهمية بالغة، اذ الصفة فى الدعوى تتعلق بالحق فى الدعوى، أما التمثيل القانونى أو الصفة الاجرائية فانه يتعلق بالاجراءات فى الخصومة.

وبناء على ذلك فان صحة التمثيل القانونى ليست من شروط نشأة الحق فى الدعوى، وانما هى شرط لصحة العمل الاجرائى[١].

٣٢٠- أما المصلحة الشخصية والمباشرة كشرط لقبول الادعاء فيعبر

---

(١) فتحى والى. الوسيط، ص ٧٩.

عنها بشرط الصفة الواجب توافره حتى تكون الدعوى مقبولة. ذلك أن الصفة يقصد بها أن يكون صاحب الحق المدعى هو الذى يباشر الحق فى الدعوى التى ترفع بطلب تقرير هذا الحق الموضوعى أو حمايته.

ويشترط لاعتبار الصفة متوافرة فى الادعاء المطروح على القاضى أن يوجد تطابق بين المركز القانونى للشخص رافع الدعوى، والمركز القانونى لصاحب الحق المدعى، كما يشترط وجود تطابق بين المركز القانونى للمدعى عليه والمركز القانونى للمعتدى على هذا الحق.

واذا كان هذا هو تعريف الصفة اللازمة لقبول الادعاء، واذا كنا نحن نرى أن الصفة هى وصف من أوصاف المصلحة التى تعتبر عندنا الشرط الوحيد لقبول الادعاء، فان القاضى يلعب دورا هاما فى تحديد قيام وصحة هذه الصفة.

فهو يبحث المراكز القانونية الموضوعية للأطراف، ويبحث ما يوجد داخل هذه المراكز من حقوق جهلت أو تعرضت للاعتداء، كما يبحث أيضا القواعد القانونية المجردة التى تحمى هذه المراكز وتلك الحقوق. ثم بعد ذلك يبحث مدى الاعتداء الذى وقع على هذه المراكز وعلى هذه الحقوق، ويبحث المعتدى لتحديده، ثم يقوم بنسبة الاعتداء اليه أو عدم نسبته اليه، ويرى بعد ذلك ما اذا كان هناك تطابق بين المركز الموضوعى والمركز الاجرائى لرافع الدعوى، أم لا يوجد هذا التطابق. ثم يقارن ويبحث عما اذا كان يوجد تطابق بين المركز القانونى للمدعى عليه، والمركز القانونى للمعتدى لعى الحق المدعى به وذلك البحث يتم بالنسبة لجانب الشخص الذى يشغل مركز المدعى عليه.

وعلى ذلك فالقاضى لا يبحث فقط فى الرابطة الاجرائية المقامة أمامه، وانما يبحث قبل ذلك فى الرابطة الموضوعية المتعلقة بأصل الحق، والتى من أجل الاعتداء عليها وجدت الرابطة الاجرائية[1].

---

(١) - Giverdon: la qualité condition de recevabilité de l'action en justice. Dalloz. 1952. p. 85.

فالقاضى فى بحثه لشرط الصفة اللازم توافره لقبول الادعاء، يعمل على محور الاجراءات والموضوع، وهو يبحث القواعد المتعلقة بأصل الحق لتحديد وترتيب الآثار الاجرائية اللازمة لقبول الادعاء.

٣٢١- والواقع أن الصفة اللازمة لقبول الادعاء يحددها بصفة أساسية القانون الموضوعى، فمثلا الصفة اللازمة لرافع الدعوى بطلب بطلان تصرف المورث هى أن يكون المدعى وارثا. ولا تنشأ له حقوق على التركة الا بعد وفاة مورثه، وبعد التحقق من توافر بقية لشروط اللازمة لاعتباره وارثا، وكل هذه المسائل يحددها القانون الموضوعى[١].

والصفة اللازمة لرافع دعوى الحيازة هى أن يكون المدعى حائزا وفق ما يقرره القانون المدنى، والصفة اللازمة لرافع الدعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين هى أن يكون المدعى دائنا وفقا لما يقرره القانون، والذى يحدد الصفة فى جميع هذه الحالات هو القانون الموضوعى.

ويحدد الصفة فى الدفوع الموضوعية القانون المتعلق بأصل الحق والذى ينظم جميع هذه الدفوع. أما الذى يحدد الصفة فى الدفوع الاجرائية فهو قانون المرافعات.

والذى يحدد الصفة فى نطاق الطعون فهو القانون الاجرائى والقانون الموضوعى فى آن واحد[٢].

وبناء على كل ما تقدم فان البحث التقديرى الذى يقوم به القاضى فى نطاق القانون الموضوعى يولد أثرا اجرائيا هاما وهو الحكم بقبول أو بعدم قبول الادعاء المطروح أمامه.

وننتقل الآن الى دراسة سلطة القاضى التقديرية بصدد كون المصلحة يجب أن تكون قائمة وحالة.

---

(١) نقض مدنى ٢٨/ ١/ ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية، س ٢، ص ٨٤.
- مستعجل القاهرة ٢٤/ ١٠/ ١٩٥٠ المحاماة، ٣١، ص ٨١٥.
- نقض مدنى ٧/ ٧/ ١٩٥٥ طعن رقم ٤٠، س ٢١ق.

(٢) أبو الوفا، التعليق، جـ ١، ص ٢٤.

الفرع الثالث

تقدير القاضي لكون المصلحة قائمة وحالة

٣٢٢- سبق القول أن شرط المصلحة بأوصافها المختلفة يشكل مقتضى لنشأة الحق فى الدعوى، ولقبول الادعاء والذى يتضمنه الطلب القضائى. ومن شروط هذه المصلحة أن تكون قائمة وحالة. وهذا الوصف توصف به المصلحة حينما ينظر اليها كشرط من شروط نشأة الحق فى الدعوى. ويقصد بذلك أن يحدث ما يحرم المدعى من المنافع التى يحصل عليها من هذا الحق أو المركز القانونى مما يستوجب تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية.

فالدعوى باعتبارها وسيلة تحقق الحماية القضائية، لا تنشأ الا حيث توجد الحاجة لهذه الحماية.

والاعتداء على الحق أو المركز القانونى الذى يعطى للمصلحة وصف القيام والحلول قد يكون مجرد اثارة شك حول وجود الحق أو المركز القانونى.

وقد يتخذ الاعتداء صورة حرمان فعلى بحيث يصبح الحق فى مركز مادى مخالف لمركزه القانونى.

وأخيرا قد يتخذ الاعتداء صورة تتطلب صدور قضاء يدخل تغييرا فى المركز القانونى القائم، مثال ذلك القضاء الذى يغير المركز القانونى بين المتعاقدين من رابطة تعاقدية الى انحلال العقد[1].

وهذا الوصف الذى توصف به المصلحة لا يمكن الا أن يكون موجودا. بمعنى أن هذه المصلحة - كشرط لنشأة الحق فى الدعوى - لا تتصور الا قائمة وحالة. وعلى ذلك فلا صحة لما يراه بعض الفقه من وجود نوع آخر من المصلحة هى المصلحة المحتملة التى تنشئ الحق فى بعض الدعاوى[2].

---

(١) وجدى راغب، رسالة، ص ٤٩٥/ فتحى والى، الوسيط، ص ٧١/ نبيل عمر، الدفع بعدم القبول، ص ٦١، س ١٠٥.

(٢) حمدى عبدالرحمن، الدعاوى الوقائية، رسالة باريس، ص ٦٠.

فدعوى وقف الأعمال الجديدة على سبيل المثال يراها البعض موسسة أو ناشئة عن مصلحة محتملة. والواقع أن الأمر يتعلق بدعوى تكون المصلحة فيها قائمة وحالة، وانما تهدف هذه الدعوى الى مواجهة اعتداء محتمل. فالاحتمال هنا يرجع الى هدف أو غاية هذه الدعوى، وليس لاى شروط نشأة الحق فيها.

وعلى ذلك فالمصلحة الاحتمالية التى يرى بعض الفقه أنها تنشئ الحق في بعض الدعاوى، ليست فى الواقع مصلحة احتمالية وانما هى فى كافة الأحوال مصلحة قائمة وحالة. والاحتمال يوجد فى الواقع فى عنصر الاعتداء أو الضرر(١).

٣٢٣- ولا شك أن القاضى حينما يبحث هذا الوصف من أوصاف المصلحة للتأكد من نشأة الحق فى الدعوى فانه يتطرق بالضرورة الى بحث عناصر الحق الموضوعى من ناحية قيامه، واحتمال تعرضه للأضرار المدعى بها. ثم هو يبحث عن جهة ثانية وبصورة مجردة عن القواعد القانونية التى تحمى مثل هذا النوع من الحقوق، ثم هو يقارن بين الوقائع المطروحة وبين فرض القاعدة القانونية الموضوعية وحكمها ليرى هل بالفعل مثل هذا الحق يتعرض بصفة احتمالية للاعتداء عليه. فاذا ما كانت الاجابة على كل هذه الأسئلة بالايجاب، فان القاضى يكون قد تأكد من أمرين:

الأول: قيام المصلحة اللازمة كشرط لنشأة الحق فى الدعوى.

الثانى: احتمال وقوع الضرر فى جانب المدعى.

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٨٥.
- عبدالخالق عمر، فكرة عدم القبول، رسالة، باريس، ص ٧٦.
- أبو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته - ١٩٧٤. ص ٤٠.
- ابراهيم سعد، القانون القضائى الخاص، جـ ١، ص ١٦٠.
- G. Brullird. Procédure civile. p. 28.
- GaSsin: La qualité pour agir en justice. Thèse. Aix. 1955. p. 10 et s.

وبناء على ذلك يحكم بقبول الدعوى دون أن يتضمن ذلك فصلا فى ذات موضوع هذه الدعوى. أما اذا كانت الاجابة على كل هذه الأسئلة بالسلب، فالأصل أن يحكم القاضى برفض الدعوى لتخلف شرط من شروط نشأتها، ومع ذلك فقد جرى العمل على استعمال نظام عدم القبول فى مثل هذه الحالات. وسنشرح ذلك فيما بعد.

هذا هو العمل التقديرى الذى يقوم به القاضى لتقدير نشأة أو عدم نشأة الحق فى الدعوى.

٣٢٤- وفيما يتعلق بضرورة استناد الادعاء ذاته الى مصلحة قائمة وحالة، فان معنى ذلك فى رأينا هو استمرار حاجة المدعى الى ازالة الاعتداء الذى وقع على حقه أو مركزه القانونى، واصلاح الضرر الناجم عن هذا الاعتداء.

فحدوث الاعتداء اذ يولد الحق فى الدعوى القضائية، فقد لا توجد مصلحة فى مباشرة هذه الدعوى اذا تم صلح أو حث اتفاق على تسوية الأضرار الناجمة عن هذا الاعتداء. وبالتالى لا توجد مصلحة فى طلب الحماية القضائية.

ومن جهة أخرى فان حدوث الاعتداء المنشئ للحق فى الدعوى، ووقوع ضرر نتيجة له، وبالتالى تولد المصلحة فى طلب الحماية القضائية، فانه مع ذلك قد يتنازل صاحب الحق عن حقه فى الدعوى، أو عن حقه فى طلب الحماية القضائية، فلا تثور فى الأصل مسألة الادعاء أمام القضاء، أو مسألة شروط قبول الطلب القضائى.

ويقوم القاضى بتقدير استمرار هذه الحاجة الى الحماية القضائية، وهو فى تقديره هذا انما يبحث فى واقع الأمر مسائل تتعلق بالمراكز الموضوعية للخصوم من حيث الواقع ومن حيث القانون. وذلك للتوصل الى اعمال الاثار الاجرائية المترتبة على نتيجة هذا البحث. هذه الآثار تتلخص فى قبول أوعدم قبول الادعاء المطروح أمامه.

وبحث القاضى لهذه المسائل الموضوعية لا يكون بهدف الفصل فى

الحقوق المتنازع عليها، وانما بهدف تحديد الآثار الاجرائية للقواعد القاننية الاجرائية.

ومعنى ذلك بوضوح هو أن لكل قاعدة قانونية اجرائية دلالة معينة، البحث عن هذه الدلالة وعن آثارها مرتبط بالبحث فى المراكز القانونية الموضوعية للخصوم، والبحث فى القواعد القانونية المتعلقة بأصل الحق. هذا البحث ضرورى ولازم لاطلاق الآثار الاجراذية القائمة فى القاعدة القانونية الاجرائية.

والواقع أن آثار هذه القواعد الاجرائية لا يمكن اعمالها على الوجه الصحيح الا اذا توافرت مقتضيات هذه الاعمال فى المراكز القانونية الموضوعية للخصوم، سواد كانت هذه المراكز مراكز واقعية أو مراكز قانونية.

وننتقل الآن الى دراسة رأى فى الفقه يبرز بوضوح كل ما سبق لنا الاشارة ايه. يرى البعض أن حصول الاعتداء أو المنازعة الذى يبرر الالتجاء الى القضاء واستعمال الدعوى يتصل بأصل الحق، ويختلط فى الغالب من الحالات بسبب يتعلق بأصل الحق.

فمثلا فى دعوى عدم نفاذ التصرفات الصادرة من المدين فى حق الدائن، نجد هنا أن المبرر فى رفع هذه الدعوى يختلط بذات الشروط الموضوعية المقررة لرفع هذه الدعوى[1].

هذا القول صحيح فى الحدود السابق لنا رشحها، ومع ذلك فليس فى الأمر اختلاط المراكز الاجرائية بالمراكز الموضوعية. وانما هناك مقتضيات يتعين على القاضى بحثها داخل المراكز الموضوعية، من واقع ومن قانون، وذلك بهدف احداث آثار اجرائية قائمة بالفعل فى القواعد الاجرائية، ولكن اعمالها مرتبط بالتحقق من شروط يتعين قيامها فى المراكز الموضوعية، كما سبق لنا الشرح.

---

(١) أحمد أو الوفا، التعليق الجزء الأول، ص ٢٩ وما بعدها.

المبحث الثالث

تقدير القاضي لنطاق الادعاء المطروح أمامه

٣٢٥- دراسة سلطة القاضى التقديرية لتقدير نطاق الادعاء المطروح أمامه هامة، ومظهر هذه الأهمية هو تحديد النطاق الذى يكون للقاضى الحق فى الفصل فيه، وبالتالى تحديد ما لا يجوز له الفصل فيه، ومتى يستنفذ ولايته بصدد مسألة معينة. كذلك يترتب على هذا التحديد تحديد موازى ومقابل يتعلق بنطاق حجية الشيء المقضى به، ويفيد هذا التحديد أيضا فى مسائل عدم التجزئة والأحكام الضمنية، والطلبات الضمنية، وتحديد متى تعتبر الخصومة واحدة ومتى لا تعتبر كذلك. كما أن هذا التحديد يفيد فى تقدير قيمة الدعوى، وتحديد أنواع الدفوع التى يجوز اثارتها لدواعى الارتباط أو عدم التجزئة.

كذلك تفيد هذه الدراسة فى تحديد صفات الخصوم ومتى يعتبر الشخص من الغير. هذه مجرد اشارات سريعة لأهمية هذه الدراسة، وواضح أننا لا نهدف الى دراسة جميع هذه المسائل، فقد سبق لنا استراضها فى مولفات أخرى[1].

وانما الذى يهمنا هو ابراز النشاط التقديرى الذى يقوم به القاضى فى هذا النطاق، وعلى ذلك نتولى تقسيم الدراسة فى هذا المطلب الى الفروع التالية:

الفرع الأول: تقدير نطاق الادعاء الأصلى.

الفرع الثاني: تقدير نطاق الادعاء العارض.

الفرع الثالث: عدم اختصاص القاضى بالادعاء من تلقاء نفيه.

ونفصل القول فى هذه المسائل فيما يلى.

---

(١) نبيل عمر، الطعن بالتماس اعادة النظر، منشأة المعارف ١٩٨٣، ص ٥٠ : ٣٥٠، الطبعة الأولى.

الفرع الأول

تقدير القاضى لنطاق الادعاء الأصلى

٣٢٦- نطاق الادعاء الذى يقوم لاقاضى بتقديره فى هذا المقام هو الادعاء الأصلى الوارد فى صحيفة افتتاح الدعوى بعد تمام اعلانها وانعقاد الخصومة بشأنها[١].

يقوم القاضى بتحديد نطاق هذا الادعاء من حيث الواقع ومن حيث القانون الذى يجب اعماله على هذا الواقع. وواقع الادعاء الأصلى كما يطرحه الخصوم على القاضى ينحصر فى عناصر ثلاث: الموضوع والسبب والأشخاص. هذه العناصر تشكل مضمون الادعاء. وهذا الأخير له شكل يطرح به على القاضى ومسألة صحة أو بطلان هذا الشكل نعالجها فى المبحث الثانى من هذا الفصل.

والسؤال الآن هو كيف يقوم القاضى بتقدير نطاق الادعاء الأصلى؟

يفترض كل طلب قضائى وجود خصمين، الأول يسمى المدعى الذى يقدم الطلب، والثانى هو المدعى عليه الذى يوجه اليه هذا الطلب. وقد جرت العادة على اعتبار المدعى هو الشخص الذى يتقدم بالطلب الأول الأصلى، والمدعى عليه هو الشخص الذى يوجه اليه هذا الطلب. ومع ذلك فانه يجب ملاحظة أن مركز المدعى يتغير من طرف الى آخر أثناء سير الخصومة[٢].

وتحديد مراكز الخصوم[٣] فى الادعاء الأصلى يرتب آثارا هامة بالنسبة للخصومة واجراءاتها. اذ أن كل مركز تحكمه أحكام قانونية مختلفة.

مثال ذلك جزاء السقوط لعدم السير فى الدعوى ينظر فيه الى اهمال

---

(١) محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) - Cornu et Foyer. Pracédure. civile. p. 388.

- Vincent. Procédure. civile. 18 em ed. p. 465.

(٣) وجدى راغب، المركز القانونى للخصم، ص ٩٥٠.

- فتحى والى، الوسيط، ص ٥١١.

المدعى، أى الى اهمال من يشغل مركز المدعى، فالسقوط جزاء اجرائى، وتحديد مركز المدعى يتم بطريقة موضوعية كما سوف نرى من بعد.

وتحديد الاختصاص المحلى يتم عن طريق تحديد موطن المدعى عليه. وقواعد الحضور الغياب تختلف من المدعى الى المدعى عليه. وقواعد الاثبات تتحدد ويتم توزيع عبئها أخذا فى الاعتبار لمركز المدعى[١].

٣٢٧- ومركز الخصم، مدعى أو مدعى عليه، هو مركز اجرائى ينشأ بانعقاد الخصومة، ومعنى ذلك أن مركز الخصم مرتبط بفكرة ونظام الخصومة. وبالتالى فهو يختلف عن المركز الموضوعى المطلوب حمايت، كما سوف نرى من بعد.

وقد كان الوضع فى القانون الرومانى مختلفا عن ذلك، حيث كانت المطالبة القضائية تؤدى الى ادماج المركز الموضوعى السابق فى المركز الاجرائى الجديد. فاذا زال المركز الاجرائى لأى سبب كان كسقوط الخصومة زال المركز الموضوعى، ولا يجوز طلب الحماية القضائية بصدده. ومثال ذلك أن المدين المتضامن الذى يقدم طلبا قضائيا يكتسب صفة الخصم دون أن يشترك معه فى ذلك باقى المدينين المتضامنين رغم اشتراكهم معه فى المركز الموضوعى المطلوب تقريره أو حمايته[٢].

والمركز القانونى للخصم من الممكن أن يتطابق مع المركز القانونى لصاحب الحق فى الدعوى وذلك فى الأحوال التى تودى فيها المطالبة القضائية الى تجسيد الحق فى الدعوى، أو حينما يكون المدعى هو نفسه صاحب الحق فى الدعوى[٣].

---

(١) rnu et Foyer. op. cit. p. 390.

- Vizioz: Etudes de procédure p. 161.
- Motulsky: Etudes et Ecrits. p. 70.

(٢) - Cuq: manuel des institutions juridiques des romans 2e éd. 1928 p. 868.

(٣) ابراهيم سعد. المرجع السابق، ص ٥٤٦.

ومع ذلك فالقاعدة أنه لا يشترط لوجود وصحة مركز الخصم أن يوجد تطابق بين المركز الاجرائى الذى ينشأ من المطالبة القضائية وبين مركز صاحب الدعوى. وفى مثل هذه الأحوال يكون مقدم الطلب القضائى قد باشر فقط حقه فى الالتجاء الى القضاء. مثال ذلك. كما سبق القول. أن نرفض الدعوى لعدم توافر شرط من شروط نشأتها، فرغم ذلك يكون لدينا طلبا قدم أمام القضاء ونشأ عنه مركز قاونى اجرائى هو مركز الخصم.

هذا المركز نشأ نتيجة لنشأة خصومة قضائية لا تستند على حق فى الرعوى، ومع ذلك فمصير هذا المركز هو الزوال.

٣٢٨- والسؤال لآن هو كيف يقوم القاضى بتقدير مركز الخصم فى الادعاء؟.

فى رأينا، فان هذا التقدير لا يمكن أن يتم بمعزل عن المركز الموضوعى الذى بناء عليه طرح الادعاء أمام القاضى. ونحن فى هذا لا نعود الى فكرة القانون الرومانى السابق بيانها، فهذا القانون كان يوحد ويدمج المركز الموضوعى فى المركز الاجرائى.

ولكننا نرى أن تقدير مركز الخصم، مدعيا أو مدعيا عليه، لا يمكن أن يتم الا بفحص وقائع النزاع والبحث عن القانون الذى يستجيب موضوعيا لحكم هذه الوقائع.

ذلك أن القاضى اذ يبحث مركز الخصم فانه يتناول الوقائع الموضوعية لبحث صفة الخصم بالنسبة لهذه الوقائع، وهل توجد رابطة قانونية من نوع ما تخول لهذا الشخص طرح الادعاء أمام القاضى؟.

فاذا ماتأكد القاضى من وجود رابطة قانونية أيا كان نوعها، فانه يبحث فى مركز المدعى أو المدعى عليه، لكى يرى علاقته القانونية بهذه الرابطة، فاذا ما وجد علاقة مباشرة وشخصية بين المدعى أو خصمه وبين هذه الرابطة خلص من ذلك الى قيام صفة لهذا الشخص فى طرح الادعاء أمام المحكمة، وفى نفس الوقت يخلص الى صحة اعتباره خصما يشغل المركز القانونى للخصم.

فالبحث فى المراكز الموضوعية ضرورى لمعرفة ليس فقط الصفة الواجب توافرها لقبول الادعاء، بل أيضالمعرفة الصفة الاجرائية التى يشغلها الخصم داخل الخصومة المدنية.

فاذا اتضح للقاضى الا صفة للخصم ازاء المركز الموضوعى المتنازع عليه، فانه يحكم بعدم قبول الادعاء لتخلف شرط من شروط قبوله، وبالتالى لا تثور مسألة البحث عن الصفة الاجرائية للخصم. لأن عدم توافر الصفة بالنسبة لرابطة أصل الحق، يجب البحث عن توافر صفة الخصم فى خصومة لا وجود لها، أو فى خصومة ميرها الى زوال.

وعلى ذلك فنحن لا نقبل بسهولة ما قال به البعض من أن مجرد تقديم الطلب القضائى يضع الخصوم فى مركز قانونى يختلف عن المركز الموضوعى المطلوب حمايته، وعن مركز صاحب الحق - لأن هذا المركز مركز اجرائى متعلق بالخصومة فقط[1].

فنحن نرى أن هذا المركز وان كان من المتصور نظريا امكانية نشوئه، الا أنه مقضى عليه بالعدم لحظة ميلاده. لأن اذا لم يستند هذا المركز على مركز موضوعى صحيح وسابق عليه فإن مصير هذه المطالبة القضائية يكون عدم القبول لتخلف الصفة الموضوعية، والصفة الاجرائية فى آن واحد.

فتخلف الصفة الموضوعية يؤدى حتما الى تخلف الصفة الاجرائية، ومع ذلك فقد توجد الأولى دون أن توجد الثانية وذلك فى أحوال التمثيل القانونى لصاحب الصفة الموضوعية.

هذا هو العمل التقديرى الذى يقوم به القاضى لتقدير نطاق الادعاء من حيث الخصوم الأصليين، والدليل على صحة ما نقول به هو استعراض نظام الخلافة فى الخصومة على التفصيل التالى.

---

(١) ابراهيم سعد، ص ٥٤٧.
- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون - ١٩٧٤، ص ٢٦.

٣٢٩- من المعروف أنه قد يحدث تغيير فى أطراف الخصومة الأصليى بسبب الخلافة. فمركز الخصم قد ينتقل بالخلافة. وبما أن الخصومة تعتبر أداة للحصول على الحماية القضائية لمركز قانونى موضوعى، فان الخلافة فى الخصومة ترتبط عادة بالخلافة فى هذا المركز الموضوعى.

والخلافة فى الخصومة اذ ترتبط بالخلافة فى المركز القانونى الموضوعى محل النزاع، فانه لا يقصد بذلك التطابق التام بين المركزين. بل يكفى قيام الصلة الوثيقة بين هذه المراكز حتى يستمد الخصم صفته الاجرائية فى الخصومة اعتمادا على هذا المركز الموضوعى.

مثال ذلك أنه قد تحدث خلافة فى الخصومة دون خلافه فى المركز الموضوعى، ورغم ذلك تكون هناك رابطة قانونية موضوعية هى ألتى ولدت هذه الخلافة الاجرائية. وعلى ذلك فصاحب الضمان غير ملتزم شخصيا قبل الخصم الآخر، فهو اذ يطلب اخراجه من الخصومة وادخال الضامن، فان خلافه هذا الاخير لصاحب الضمان تستمد أساسا من كون الضامن - الخلف - هو فى الاصل طرفا فى الرابطة الموضوعية لصاحب الضمان، ومدعى عليه قبل الخصم الآخر الى أن يثبت صحة هذا الادعاء.

ومن هنا كان صحيحا القول بأن صفة الخصوم تقوم أساسا على عناصر تستمد من رابط الحق الموضوعى المطلوب حمايته[١].

وكذلك فنحن لا نرى صحة ما يقول به البعض من أن الخصم قد يسترد صفته الكاملة فى الخصومة بعد أن كان دوره يقتصر على دور سلبى فيها باعتباره ممثلا فيها. ويضربون على ذلك مثال الغائب اذا عاد، والقاصر اذا بلغ سن الرشد، ويرون أنه فى هذه الحالات تزول صفة من ينوب عنه قانونا فى اتخاذ الأعمال الاجرائية المكونة للخصومة، وتتم هذه الخلافة فى المركز الاجرائى دون أن ترتبط بالخلافة فى المركز الموضوعى[٢].

وفى رأينا فان صاحب الصفة الموضوعية اذ يعود بعد الغيبة، أو يبلغ

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٥١٢.

(٢) ابراهيم سعد، ص ٥٥٨.

سن الرشد، فانه يكتسب الصفة الاجرائية الصحيحة، ولا يعود لممثله صفة اجرائية فى تمثيله أمام القضاء، فالارتباط هنا جلى بين صاحب الحق فى الدعوى، وصاحب المصلحة فى الادعاء، وصاحب الصفة فى الخصومة، وكل هذه المسائل يتم تقديرها بالرجوع الى القواعد المتعلقة بالمراكز القانونية الموضوعية.

٣٣٠- ومن جهة أخرى وفيما يتعلق بالخلف العام الذى يحل محل السلف بسبب وفاته، ان كان شخصا طبيعيا، أو بسبب انقضاء وزوال الشخصية القانونية، ان كان شخصا اعتباريا، وبين الخلف الخاص الذى قد يحل محل السلف بسبب التصرف فى الحق محل الدعوى، والذى يهمنا فى هذا المجال هو بيان كيفية التقدير القضائى لصفة الخصم فى الادعاء الأصلى.

وفاة الخصم أثناء سير الخصومة يترتب عليها انقطاعها ولا تعود للسير مرة ثانية الى بتعجيلها فى مواجهة الوارث باعتباره خلفا عاما، وتنقضى الخصومة بالنسبة للسلف، ولكن لا ينقضى المركز القانونى الموضوعى المتنازع عليه فهو يستمر حتى يتم حسمه بحكم قضائى، ومنه يستمد الخلف العام صفته كخصم فى الخصومة المستمرة أمام القضاء.

ويشترط لهذه الخلافة الاجرائية ان يكون الخلف العام خلفا فى المركز الموضوعى للسلف، بمعنى أن يكون هذا المركز قد انتقل بالفعل الى الخلف العام.

فاذا كان المركز الموضوعى هو مما يزول وينقضى بوفاة صاحبه لارتباطه بشخصه، فان الخلافه لا تترتب فى الخصومة، نتيجة لانعدامها بالنسبة للمركز القانونى الموضوعى. وهذا هو بالضبط ما نريد قوله من هذه الدراسة، وهو أن تقديرالقاضى للمركز القانونى لأشخاص الادعاء لا يمكن

أن يتم دون بحث وتقدير مسبق عن العلاقة التى تربط هولاء الأشخاص بالمركز الموضوعى المتنازع عليه[1].

٣٣١- ويرى البعض أن الأمر يختلف بالنسبة للخلف الخاص فى المركز القانونى الموضوعى. فقد يتصرف أحد الخصوم فى الحق المتنازع عليه فهل يحل الخلف الخاص – أى المتصرف اليه – محل السلف فى الخصومة القائمة بصدد هذا الحق؟

يرى البعض أن الخلافة فى هذه الصورة لا تترتب عليها خلافة فى الخصومة، بل يبقى السلف طرفا فيها، وان كان لم يعد صاحب المركز الموضوعى، ولا يحل محل خلفه الخاص. لهذا قيل بأن السلف فى هذه الصورة يحل اجرائيا محل الخلف ويمثله قانونا فى الخصومة اذ أنه يدافع عن مركز قانونى لصالح الغير.

والواقع أنه فى هذا المثال ونظرا لوجود رابطة قانونية موضوعية بين السلف والخلف الخاص قبل رفع لادعوى. نتناول الحق محل الخلافة، وبما أن الدعوى رفعت قبل نشأة الرابطة الموضوعية، فان تمثيل السلف للخلف يستند فى رأينا بصفة أساسية لعى هذه الرابطة التى لولاها ما كان السلف قد غير صفته الاجرائية. ودليل ذلك أن الحكم الصادر فى هذه الحالة لا يفيد الخلف الخاص الا فى حدود ما فصل فيه من نزاع. فاذا استند الخلف الخاص الى سبب لحقه يختلف عن السبب الأول فان الحكم لا يكون له حجية فى مواجهته لاختلاف السبب بين لاطلبين.

وقد حكم فى هذا المعنى بأن البائع لا يعتبر ممثلا للمشترى فى الدعوى التى لم يكن ماثلا فيها بشخصه، والتى رفعت على البائع بشأن ملكية العقار موضوع البيع، ولو تناولت العقد المبرم بينهما، طالما أن المشترى يستند فى

---

(١) نقض مدنى ١٩/ ٦/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ١٠٢٦/ أبو الوفا، التعليق، جـ ١، ص ٣١٢/ ابراهيم سعد، ص ٥٥٩/ فتحى والى، ص ٥١٥.

- M. Mansour: Le contrôle judiciaire de la légitimité de licenciement. Etude comparative. Thèse. Rennes. 1980. p. 255.

ملكيته الى وضع يده المدة الطويلة المكسبة للملكية، لأن ذلك يعد سببا معتلفا وكافيا بذاته[١].

فيجب على القاضى اذا فى تحديده لمركز الخصم فى الادعاء أن يأخذ فى اعتباره دائما رابطة الحق الموضوعى أو المراكز القانونية الموضوعية. وأخذه هذه المراكز فى الاعتبار ضرورى لترتيب العديد من الآثار الاجرائية. فهذه الآثار لا يمك أن تتولد فى معزل عن الروابط المتعلقة بأصل الحق.

٣٣٢- وبالنسبة لمحل الادعاء، ويطلق عليه عادة محل الدعوى، أومحل المطالبة القضائية، فهو ما يطلبه المدعى من القضاء فى طلبه.

ويقصد بالمدعى هنا مقدم الادعاء سواء كان هو المدعى الأصلى، أوالمدعى عليه أو الغير، وسواء كان الطلب أصليا أو كان طلبا عارضا. فالمحل الذى يتولى القاضى تقديره هو موضوع القرار المطلوب اصداره من القاضى.

هذا المحل قد يكون مجرد الزام شخص بأداء معين، أو القيام بعمل أوالامتناع عن عمل، وقد يكون المطلوب هو مجرد طلب تقرير حق أو مركز قانونى معين أو انكاره. وقد يكون المطلوب هو انشاء مركز قانونى جديد[٢].

---

(١) نقض مدنى ١٦/ ١٢/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ١٢٦٧.
- نقض مدنى ٩/ ٤/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٥٨٧.
- نقض مدنى ١٨/ ١١/ ١٩٦٦ مجموعة النقض، س ١٧، ص ١٦٨٠.
- نقض مدنى ١٩/ ٦/ ١٩٦٣ مجموعة النقض، س ١٤، ص ٨٢٣.

(٢)
- Vincent. précis. p. 489.
- Cornu et Foyer. p. 403.
- Lacost. De la chose jugée p. 350.
- Azard: l'immutabilité de la demande en justice. Thèse. Paris 1930 p. 50
- J. Miguet. immutabilité et mutabilité de la demande en justice. Thèse. toulouse 1975. p. 50.
- J. Normand. le juge et le litige. p. 81.

كما يرى البعض الآخر من الفقه أن محل الادعاء يمكن تحليله الى العناصر التالية:

١- القرار الذى يطلب من القاضى اصداره، وقد يكون تقريرا أو انشاء أوالزاما أو قرارا وقتيا، ويختلف المحل باختلاف هذا القرار، ولهذا تعتبر دعوى تقرير صحة عقد معين مختلفة عن المطالبة بتنفيذ التزام ناشئ عن هذا العقد.

٢- الحق أو المركز القانونى الذى تهدف الدعوى الى حمايته بهذا القرار، فالدعوى التى ترمى الى تقرير حق الملكية غير الدعوى التى ترمى الى تقرير حق الارتفاق. والدعوى التى ترمى الى تقرير حق الملكية على عقار تختلف عن تلك المتعلقة بمنقول.

٣- محل هذا الحق أو المركز القانونى[١].

٣٣٣- والخصم اذ يطرح الادعاء أمام القاضى فانه يستهدف الاعتراف بحقه أو مبركزه والحصول على الحماية القضائية بناء على ذلك.

ويقوم القاضى حتما بتحديد هذا المحل، ويتم له ذلك عن طريق فحص المراكز الموضوعية للخصوم، ويتمكن من ذلك بصفة مجردة وقبل اصدار أى حكم حاسم للنزاع عن طريق فحص مجموع الوقائع التى يتقدم بها المدعى والتى تترجم قانونا الى ادعاء بحق أو مركز قانونى.

وعلى ذلك فالشىء أو المال أو الرابطة محل الحق وان كانت تخضع لتقدير القاضى بهدف تحديد محل الادعاء. فان دخولها لهذا الغرض يتم بطريقة غير مباشرة على أساس أنها تعتبر من مقومات الحق أو المركز القانونى.

وبناء على ذلك فبحث القاضى عن هذا الحق أو هذه الرابطة القانونية ينصب فى الواقع على دراسة وبحث النظام القانونى لهذه المسائل فى نطاق القانون الموضوعى المتعلق بأصل الحق.

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٨٦.

وينحصر دور المدعى فى التقدم الى القاضى بمجموع من الوقائع طالبا منه اصدار قرار سوف يرتب أثرا اقتصاديا أو اجتماعيا له. وتقدير هذه الوقائع لتحديد محل الطلب أو الادعاء هو أمر متروك للقاضى الذى يتولى تقديره بما له من سلطة تقديرية(١).

٣٣٤- وتقدير القاضى لمحل الادعاء ينبغى أن يكون دقيقا وصحيحا لأن هذا التقدير قد يصادفه بعض المشاكل. مثال هذا أنه قد يختلف القرار المطلوب أو الصادر فى الدعوى عن القرار المطلوب فى دعوى ثانية ومن ذلك تعتبر الدعوى واحدة. ويبدو ذلك اذا كان القرار المطلوب فى الدعوى الثانية لا يتصور مع القرار المطلوب أو الصادر فى الدعوى الأولى. وعلى ذلك حكم بأن الدعوى بتقرير صحة عقد لا تختلف فى محلها عن الدعوى ببطلان نفس العقد، فالمحل واحد فى الدعويين.

ومن جهة ثانية فقد يكون الحق محل الحماية بالدعوى الثانية داخلا فى نطاق الحق محل الحماية بالدعوى الأولى، وذلك اذا تعلق الأمر بدعويين. والسؤال الآن هو هل نون فى هذه الحالة بصدد دعوى واحدة أم لا؟.

ويرى البعض أن الاجابة تتضح اذا ما أمكن النظر الى الحق الأقل كجزء من الحق الأكبر، أو كمال مستقل، فان أمكن هذا التصور تعلق الأمر بدعويين لا بدعوى واحدة.

وعلى ذلك فان انكار الحق الأكبر كنتيجة للدعوى الأولى لا يمنع من رفع الدعوى الثانية.

ومن جهة ثالثة فاذا رفعت دعوى بطلب تحديد دين معين كتعويض مثلا فمحل ادعوى هو تحديد أو تصفية الدين بصرف النظر عن الرقم الذى يطلبه المدعى. وبناء على ذلك يستطيع المدعى أن يعدل الرقم الى أعلى أوالى أدنى دون أن يعتبر ذلك طلبا جديدا.

---

(١) نبيل عمر، سبب الطلب القضائى أمام محكمة الاستئناف، ص ١٣٠.
- حسن كيره، أصول القانون، ص ٦٦١.
- ابراهيم سعد، ص ٥٦٣.

واذا صدر الحكم بمبلغ معين فليس للمدعى بعد ذلك أن يرفع دعوى للمطالبة بمبلغ أكبر اذ يتعلق الأمر بنفس الدعوى.

وأخيرا فانه اذا رفعت دعوى بطلب شيء معين، فان هذه الدعوى تختلف في محلها عن الدعوى بطلب قيمة هذا الشيء. ونتيجة لهذا اذا طالب شخصى بسيارة فليس للقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه بقيمة هذه السيارة. ولكن بما أن الحكم بقيمة الشيء لا يتصور بغير ثبوت ملكية هذا الشيء، فنفى الملكية نتيجة لرفض الدعوى الاولى يؤدى الى عدم قبول الدعوى الثانية[1].

هذه هي بعض الصعوبات التى تواجه القاضى عند تقديره لمحل الادعاء.

ونتناول أخيرا تقدير القاضى لسبب الادعاء.

٣٣٥- تعتبر فكرة السبب من الأفكار الهامة والغامضة فى جميع فروع القانون، ومهما كتب فيها فانها تظل محتفظة بالعديد من الجوانب الغامضة، هذا الغموض الذى يخيم دائما على الدراسات الفلسفية نظرا للجانب الميتافيزيقى الذى يوجد فى هذه الدراسات[2] لن يتبدد الا بالمزيد من الدراسة.

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٢) - Omar Nabil: la cause de la demande en justice. Thèse. Bardeaux 1977.

- Gilli: La cause juridique de la demande. Thèse. Paris. 1962. p. 70.

- Motulsky: La cause de la demande en justice D. 1964. p. 235.

- هشام صادق. المقصود بسبب الدعوى الممتنع لعى القاضى تغييره. المحاماة، س ٥٠ - ١٩٧٠، ص ٧٦/ هشام صادق، مركز القانون الأجنبى أمام القاضى الوطنى، رسالة، اسكندرية ١٩٦٧/ سمير تناغو، النظرية العامة فى الاثبات - ١٩٧٣، ص ٦٠ وما بعدها.

- محمد محمود ابراهيم. المرجع الابق، ص ٢٥٠ وما بعدها.

ونحن اذ نعالج هنا فكرة سبب الطلب القضائى، فاننا لا نعيد ما سبق لنا اثباته من قبل، وانما نحن ندرس الفكرة فى نطاق سلطة القاضى التقديرية. وبمعنى آخر هذه الدراسة لابد أن تجيب عن السؤال الآتى كيف يقوم القاضى بتقدير سب الطلب القضائى؟.

سبب الطلب القضائى أو سبب الادعاء المطروح على القاضى هو مجموع الوقائع المولدة للحق المدعى به. فالسبب هذا المعنى ليس هو نص القانون الواجب اعماله على النزاع، ولا هو الطائفة القانونية التى تحكم نوع النزاع، ولا هو التكييف القانونى الذى يعطى لهذه الوقائع، ولا هو وقائع النزاع مضافا اليها التكييف القانونى، ولا هو مصدر الحق المطالب به أمام القضاء.

سبب الطلب القضائى هو المجموع الواقعى المطروح على القاضى بواسطة الخصوم، والذى يتولد منه بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر الحق الذى يتضمنه الادعاء القضائى.

والقاضى يقوم بتقدير الواقع المطروح عليه بعد اثباته من جانب الخصوم لكى يرى هل من شأن هذا الواقع توليد الحق المطالب به، أم أن هذه الوقائع لا تستطيع توليد هذا الحق. والبحث الذى يقوم به القاضى فى هذا الصدد ليس بحثا نظريا وانما هو بحث عملى يستند على النموذج القانونى الذى يراه محتمل التطبيق على هذه الوقائع.

فالخصوم بعد طرح الوقائع، يقع على القاضى عبء البحث عما يوجد من هذه الوقائع مما يصلح لتأييد الادعاء وتوليد الحق المطالب به، ولن يتم كشف هذه الوقائع الا على ضوء افتراض قاعدة قانونية معينة يراها القاضى صالحة لحكم النزاع.

٣٣٦- أى أن القاضى يقع عليه عبء تحليل الوقائع والعناصر الواجب توافرها لتطبيق القاعدة القانونية المحتملة التطبيق. هذه القاعدة القانونية يصل اليها القاضى على ضوء معرفته القانونية، وتقديره المبدئى لقيام أوعدم قيام التطابق بين مفترض هذه القاعدة، ومجموع الوقائع المطروحة عليه.

هذا التطابق وتقـديره لن يتم الا عن ضـوء بحث المراكـز القـانونيـة الموضوعية التى يتمسك بها الخصوم بواسطة المجموع الواقعى المطروح على القاضى.

ويجب على القاضى أن يحترم سبب الادعاء مفهوما بهذا المعنى، فلا يجـوز له الخروج عنه أو الاضافـة اليه أو التـعديل فيـه، وانما كل مـا له هو محاولة فهمه على ضوء القواعد القانونية المحتملة التطبيق بصورة مجردة على مثل هذا النوع من المنازعات.

وبالتالى فالقاضى يقوم بجهد تقديرى عظيم الأثر اذ أنه يعود بـالعناصر النموذجيـة التى نظمـها المشرع فى مـفترض القاعدة القانونيـة، التى يراها محـتملة التطبيق، يعود بهـا الـى أصلها الواقعى. هذه العودة تتم عن طريق مقارنتها بالوقائع الموضوعيـة المطروحة عليه من جانب الخصوم. فـاذا وجد أن التطابق تام بين الوقـائع المطروحـة عليـه والوقائع الكامنة فى مـفتـرض القاعـدة القانونيـة، فانه يخلص الى نتيـجة مؤداها أن هذه الوقـائع هى التى تولد الحق المدعى به، والذى يطلقه القاضى من حكم القاعدة القانونية. وفى هذه المرحلة نلاحظ أيضا أن الوقائع التى طرحها الخصوم ترتفع نتيجة لهذا النشاط التقديرى الى مصاف الوقائع النموذجية الموجودة بفرض القاعدة القانونية.

هذا هو النشـاط التقـديرى الذى يقوم به القـاضى فى دائرة سبب الطلب القضائى.

وننتـقل الآن، بعد استـعراض نطاق الادعـاء الأصلى موضـوعـا وسببـا وأشخاصنا، وبعد بيان دور السلطة التقديرية للقاضى ازاء هذه المسائل، ننتقل الى دراسة سلطة القاضى التقديرية ازاء الادعاء العارض، ولن نكرر الدراسة فى هذا النطاق حتى لا تختلط بما سبق دراسته فى الفرع السابق، وانما سوف نقصـر هذه الدراسة على بعض المسائل التى تظهـر فيهـا السلطة التقـديرية للقاضى بشكل واضح.

الفرع الثانى

تقدير القاضي لنطاق الادعاء العارض

٣٣٧- دراسة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق الادعاء العارض ليست دراسة شاملة لهذا الادعاء العارض فى ذاته فهذه الدراسة محلها المؤلفات العامة. ولكن دراستنا تنصب بصفة أساسية لعى بيان مظاهر وكيفية اعمال السلطة التقديرية للقاضى فى نطاق الادعاء الذى يعرض على الادعاء الأصلى.

ومن جهة أخرى فان هذه الدراسة تتحدد فى نطاق أضيق لتنصب فقط على دراسة سلطة القاضى التقديرية ازاء بعض المسائل التى يثيرها الادعاء العارض سواد كان مقدما منالخصوم الأصليين، أو قدم من شخص يعتبر من الغير.

ومن جهة أخرى فنحن لن نتصدى لدراسة أشخاص الادعاء العارض. أو محله، أو سببه، فهذه دراسة تم لنا انجازها، وما قيل هناك بصددها يصلح للاعمال هنا.

وبعد هذا التحديد، فاننا نقول أن الادعاء العارض هو ادعاء طارئ يرد على خصومة قائمة. والادعاء العارض يتميز بأنه ليس من طبيعته أن يفتتح خصومة جديدة كما هو الشأن بالنسبة للادعاء الأصلى.

وكان قد استقر لدى الفقه التقليدى والقضاء فى القرن التاسع عشر مبدأ بمقتضاه لا يجوز تعديل نطاق النزاع أو تغيير معالمه بعد تقديمه الى القضاء، وكان يطلق على هذا المبدأ عدم قابلية النزاع للتغيير(١). وكان مؤدى ذلك عدم جواز قيام القاضى أو الخصوم بتغيير وجه الخصومة. ولكن هذا المبدأ وردت عليه اليوم العديد من الاستثناءات التى صارت مع الزمن

(١) - Azard. l'immutabilité de la demande en droit jusiciaire Français. Thèse. Paris 1936. p. 60.
- Normand. le juge et le litige. p. 95.
- Vizioz. op. cit. p. 216.

قاعدة عامة، ومن مؤداها جواز تقديم ادعاءات عارضة على الادعاء الأصلى.

٣٣٨- والادعاء العارض قد يقدم من المدعى، ولا يقصد بالمدعى هنا الشخص الذى قدم الطلب المفتتح للخصومة فقط، بل يقصد به كل شخص يشغل مركز المدعى. وقد حددت المادة ١٢٤ من قانون المرافعات المصرى الحالات التى يجوز فيها لهذا المدعى ابداء الادعاء العارض.

وخلاصة هذه الحالات هى أنه يجوز للمدعى تقديم الادعاء العارض الذى يتضمن تصحيح الطلب الأصلى أو تعديل موضوعه، وذلك لمواجهة ظروف طرأت بعد رفع الدعوى.

كذلك يجوز له ابداء الطلبات العارضة التى تكون مكملة للطلب الأصلى، أو متصلة به اتصالا لا يقبل التجزئة.

وأيضا للمدعى أن يضيف الى الادعاء الأصلى ما يتضمن تغييرا فى سبب الادعاد مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حالة. وله أيضا أن يطلب الأمر باجراء تحفظى أو وقتى. وأخيرا للمدعى أن يقدم ما تأذن بتقديمه المحكمة مما يكون مرتبطا بالطلب الأصلى.

هذه هى الحالات التى سمح فيها المشرع للمدعى بتقديم الادعاء العارض. وهناك عدة أسألة تثار فى هذا الصدد.

السؤال الأول: لماذا لم يترك المشرع الحرية كاملة للمدعى فى تقديم ما يشاء من طلبات عارضة؟

السؤال الثاني: هل هذا التحديد الوارد فى المادة ١٢٤ من قانون المرافعات قد ورد على سبيل الحصر؟

السؤال الثالث: هل هناك أفكار أساسية يمكن أن يؤسس عليها الحالات التى يستطيع المدعى فيها تقديم طلبات عارضة، وما هى هذه الأفكار؟ وكيف يقوم القاضى بتقديرها؟

٣٣٩- فى ترك الحرية الكاملة للمدعى فى تقديم ما يشاء من طلبات

عارضة ما يجعل من الخصومة المدنية فوضى غير قابلة لتنظيم. فالأصل يتحدد نطاق هذه الخصومة بالادعاء الاصلى، وهذا الأصل يوفر النظام فى سير الخصومة المدنية، ويهيؤها للحل بحكم قضائى فى ميعاد مناسب، ولا يد جىء الخصوم بعضهم بعضا. لهذا تسير كافة التشريعات على أن الادعاء يتحدد نطاقه بالطلب الأصلى، وما يرد عليه استثناء من طلبات عارضة.

وعلى ذلك فمبدأ الاقتصاد فى الاجراءات والوقت والنفقات، وعمالا لدواعى الارتباط، كل هذا رجع كفة الترخيص للخصوم بامكانية ابداء طلبات عارضة محدودة.

وبالنظر الى المادة ١٢٤ من قانون المرافعات، قد يتبادر الى الذهن لأول وهلة أن الطلبات العارضة الجائز تقديمها من جانب المدعى، قد وردت فى لاقانون على سبيل الحصر: حيث ينص صدر صدر المادة ١٢٤ من قانون المرافعات على أن: «للمدعى أن يقدم من الطلبات العارضة ما يلى»: ثم بعد هذه الصياغة ترد الحالات الخمس التى تحصر الطلبات العارضة الجائز تقديمها من المدعى.

ومع ذلك فاذا عدنا للسؤال الثالث السابق لنا طرحه عما اذا كانت هذه المادة تتضمن أفكارا عامة أساسية يمكن تأسيس الطلبات العارضة من المدعى عليها أم لا؟ فاننا نرى أن هذه المادة تتضمن العديد من هذه الأفكار التى تؤدى بنا الى القول بأن التحديد الواردة بالمادة ١٢٤ مرافعا مصرى ما هو الا تحديد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. ومن جهة أخرى فان فقرات هذه المادة تفتح المجال واسعا وخصبا أما القاضى لاعمال مطلق سلطته التقديرة لتحديد متى توجد العناصر المكونة لادعاء عارض مقبول أمامه.

٣٤٠- والأفكار الأساسية التى تتضمنها المادة ١٢٤ مرافعات هى: فكرة تصحيح الطلب الأصلى، فكرة تعديل موضوع الطلب الأصلى، فكرة الظروف التى تتبين بعد رفع الدعوى وتؤدى الى جعل التصحيح أو التعديل ضرورى.

وأيضا فكرة التكملة، وكون الطلب العارض مترتبا أو متصلا بالطلب الأصلى على وجه لا يقبل التجزئة.

وفكرة تغيير سبب الادعاء مع بقاء موضوع الادعاء الأصلى على حاله.
فكرة الاجراء الوقتى أو التحفظى.

فكرة اذن القاضى بتقديم ما يكون مرتبطا بالطلب الأصلى.

كل هذه الأفكار لها من العموم والشمول مما يسمح لنا بالقول بأن الطلبات العارضة التى تقدم من المدعى لا يمكن نأن تكون قد وردت فى القانون على سبيل الحصر[1].

ويقوم القاضى بتقدير هذه الأفكار الأساسية عن طريق تقديره لمجموع الوقائع التى طرحها المدعى من خلال ادعائه العارض، وعلى ضود ما يقدره القاضى من وجود قاعدة قانونية موضوعية واجرائية محتملة التطبيق على مثل هذا الادعاء.

فالقاضى هو الذى يفحص متى يكون الطلب العارض هادفا الى تصحيح الطلب الأصلى، كأن يطلب المدعى بدين معين، ويتبين له من مجرى التحقيق أنه يستحق فى ذمة المدعى عليه مبلغا أكبر فيطالب به[2]. ونرى هنا أن موضوع الطلب الأصلى لا يصيبه تغيير فى مثل هذا الغرض، وانما يشترط ألا يصيب سبب الادعاء تغيير نتيجة هذا التصحيح، والا كنا ازاء طلب أصلى جديد يجب أن يرفع حسب القواعد العامة لرفع الدعوى وليس عن طريق الطلب العارض[3].

ومن جهة أخرى على القاضى عن طريق مجموع الوقائ المطروح زمامه أن يقدر ما اذا كان الطلب العارض يهدف الى تعديل موضوع الطلب الأصلى، أم يطالب المدعى بموضوع لا يمت بصلة للموضوع الأول، فتعديل الموضوع يختلف جوهريا عن المطالبة بموضوع جديد، لأن هذا الأخير

---

(١) عكس ذلك، أبو الوفا، التعليق، جـ١، ط ١ ١٩٦٨، ص ٣٢٤.
(٢) فتحى والى، الوسيط، ص ٥١٤.
(٣) نبيل عمر، سبب الطلب القضائى، ص ١٣٠/ ابراهيم سعد، ص ٦١٧.

يجب رفع دعوى مبتدأة بالاجراءات المعتادة للمطالبة به. ومثال لتعديل الموضوع الانتقال من طلب فسخ العقد الى طلب تنفيذه، أو العكس، أو أن يضيف المدعى الى طلبه الأصلى طلبا آخر يستند معه الى نفس السبب. ومثال ذلك أيضا أن يطالب المدعى بوقف الأعمال الجديدة، ثم يعدل طلبه فيما يتعلق بالموضوع الى طلب منع التعرض(١).

وفى جميع هذه الحالات يجب أن يكون سبب الطلب الأصلى صالح باعتباره مجموع واقعى، لتوليد الحق فى الموضوع الذى تم تعديله.

ولا شك أن سلطة القاضى التقديرية فى مثل هذه الحالات تمتد بالضرورة الى تقدير المراكز الموضوعية للمدعى من حيث الواقع ومن حيث القانون، وذلك لبحث متى يكون هناك تعديلا للموضوع، ومتى يكون سبب الطلب الأصلى صالحا لحمل الموضوع المعدل عليه، وهذا البحث ضرورى لتوليد العديد من لاآثار الاجرائية التى منها اعتبار الطلب أولا طلبا عارضا، وثانيا اخضاعه لنظام الطلبات العارضة، وثالثا لقبوله ... الخ.

٣٤١- أيضا يقوم القاضى تقدير فكرة التكملة فى نطاق الطلبات العارضة المقدمة من المدعى، مثال ذلك طلب فوائد الدين بعد المطالبة بهذا الدين فى الطلب الأصلى، وكذلك الطلبات المترتبة لعى الطلب الأصلى، أى الطلبات التى يوجد أساسها فى الطلب الأصلى، مثل طلب مبلغ معين نتيجة للحساب اذا كان الطلب الأصلى خاصا بتقديم هذا الحساب. أو طلب ازالة البناء اذا كان المطلوب أصليا هو استلام الأرض التى أقيم عليها البناء.

وكذلك يقبل أى طلب اضافى يرتبط بالطلب الأصلى ارتباطا لا يقبل التجزئة.

فى هذه المجموعة من الطلبات يبحث القاضى فى مجموع الوقائع المكونة لسب الطلب الأصلى، ويكون حاضرا فى ذهنه فى نفس الوقت القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية المحتملة التطبيق على هذا النزاع. فاذا

---

(١) رمزى سيف، الوسيط، ص ٣٤٢/ فتحى والى، ص ٥١٥/ ابراهيم سعد، ص ٦١٧.

وجد أن مجموع هذه الوقائع يصلح لسند وحمل الطلبات المكملة أو الطلبات المترتب عليها حكم بقبول الطلب العارض[1].

ومن جهة أخرى يقوم القاضى بتقدير الارتباط الذى قد يوجد بين الطلب الأصلى والطلب العارض المقدم من المدعى. وتقديره لهذه الفكرة يقتضى منه الرجوع الى المراكز القانونية الموضوعية التى يكمن فيها هذا الارتباط.

ويقدر القاضى هذا الارتباط آخذا فى الاعتبار أنه لا يشترط لتوافره أن توجد صلة بين جميع العناصر المكونة للطلبين. وانما يكفى توافر صلة بين عنصرين يبرران عرض الطلبين على نفس المحكمة تحقيقا لحسن سير العدالة ولمنع صدور أحكام متعارضة.

ويرى البعض أن الارتباط فى مثل هذه الحالات قد قدره المشرع مقدما، وبالتالى قرر حق المدعى فى تقديم الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى دون أية سلطة تقديرية من جانب قاضى الموضوع فى هذا الصدد[2].

ونحن نخالف هذا الرأى لأن القاضى يقوم فى جميع الحالات بتقدير جميع المسائل التى تعرض عليه لاعطائها الوصف القانونى السليم، ثم اعمال القانون عليها.

والذى يهمنا فى هذا المجال هو أن القاضى فى تقديره لقيام الارتباط لا يهتم بأوصاف الخصوم، وانما هو يبحث قيام هذا الارتباط داخل المراكز القانونية الموضوعية للخصوم.

٣٤٢- ويمتد بحث القاضى الى سبب الطلب العارض[3] فى الأحوال التى يتقدم فيها المدعى بطلب عارض يشتمل على تغيير فى السبب

---

(١) نقض مدنى ١٦/ ١٢/ ١٩٦٩ مجموعة النقض س ٢٠، ص ١٢٦٧.
- نقض مدنى ١٢/ ٦/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ٩٥٧.
- نقض مدنى ١٩/ ٣/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٧٨.

(٢) فتحى والى، ص ٥١٤.

(٩٣ نبيل عمر، سبب الطلب القضائى، ص ٧٠.

أواضافة سبب جديد. هذا التغيير أو هذه الاضافة تواجه سبب الطلب الأصلى بقصد احداث تعديل فيه، وكل هذا مشروط ببقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله. ومن الصعب بمكان القول بأن تعديل أو تغيير السبب يودى الى بقاد الموضوع حاله نظرا للارتباط الوثيق بين السبب والموضوع، بحيث أن كل تغيير فى أحدهما يؤدى الى تغيير مواز ومقابل فى العنصر الآخر.

ومع ذلك فاذا خلص القاضى من تقديره لعنصر السبب الذى حدث تغيير أو الاضافة اليه بالطلب العارض، الى أن موضوع الطلب الألى يمكن تحميله تماماعلى هذا السبب الجديد، فان الطلب العارض يكون مقبولا.

وتقدير القاضى هنا ليس فى الحقيقة مسألة اجرائية، وانما هو عمل يتم فى قلب المراكز الموضوعية للخصوم، سواء تعلقت بالواقع أم بالقانون. فالقاضى فى أثناء تقديره هذا انما يبحث فى أصل الحق التنازع عليه.

فاذا خلص من هذا التقدير الى أن السبب الجديد أو السبب المراد اضافته بالطلب العارض لا يصلح لحمل الموضوع الأصلى فانه يتعين عليه أن يحكم بعدم قبول الطلب العارض.

لأن من الواجب فى مثل هذه الحالة رفع هذا الطلب الطرق المعتادة لرفع الدعاوى المبتدأة.

ومثال ذلك أنه لا يجوز للمشترى تقديم طلب عارض، لتغيير سبب الطلب الأصلى بملكية عين الذى أقيم على عقد البيع، متضمنا المطالبة بهذه الملكية بناء على التقادم المكتسب بالمدة الطويلة.

لأن مثل هذا السبب الجديد يغير موضوع الادعاد الأصلى. فهذا الموضوع وان ظل هو المطالبة بالملكية، الا أن هذه الملكية لها نظام قانونى يختلف بحسب السبب الذى تبنى عليه، وما اذا كان هذا السبب هو عقد البيع أو التقادم[1].

---

(١) نبيل عمر، سبب الطلب القضائى، ص ١٨٠/ نقض مدنى ١٦/ ١٢/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ١٢٦٧.

وأيضا المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية، لا يجوز تعديل سببه بطلب عارض الى المطالبة به على أساس المسئولية العقدية، لأن التعويض وان ظل واحدا، الا أن نظامه القانوني يختلف باختلاف سببه. فى هذه الأحوال يتضمن تقدير القاضى البحث فى العناصر المكونة لأصل الحق المتنازع عليه بغية تحديد الاثار الاجرائية، المترتبة على تقديم الطلبات العارضة من المدعى.

مثل هذا التحليل يصدق على جميع الأحوال التى يقدم فيها المدعى طلباته العارضة.

٣٤٣- واذا ما انتقلنا الى الطلبات العارضة التى يتقدم بها المدعى عليه، فاننا نقصد بالمدعى عليه كل من يشغل مركز المدعى عليه، سواء كانَ هو المدعى عليه الأصلى، أو أى مدعى عليه آخر. والمادة ١٢٥ من قانون المرافعات قد وردت بتعداد واسع لطلبات المدعى عليه العارضة، ونحن نرى أن هذا التعداد من السعة والسمول بحيث يصعب تصور القول بأنه قد وردعلى سبيل الحصر(١).

والأفكار الأساسية التى تتضمنها هذه المادة تتلخص فيما يلى :

١- فكرة المقاصة القضائية، وفكرة التعويض الذى يطالب به المدعى عليه عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أومن اجراء فيها.

٢- فكرة أنه يترتب لعى اجابة الطلب العارض عدم الحكم للمدعى بمطلوبه كله أو بعضه.

٣- فكرة اتصال الطلب العارض من المدعى عليه بالطلب الأصلى بشكل لا يقبل التجزئه.

٤- فكرة الارتباط.

وبناء على هذه الأفكار يستطيع المدعى عليه أن يتقدم بأى طلب

---

(١) عكس ذلك أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٣٠٦.

- نقض مدنى ٢٢/ ٦/ ١٩٥٠ مجلة التشريع والقضاء، س ٦، ص ٦٣٢.

عارض وهو اذ يتقدم به، فان هذا الأخير يخضع لتقدير القاضى. هذا التقدير ينصب ليس فقط على الشروط العامة اللازم توافرها لقبول أى طلب، وانما ينصب التقدير أيضا على الشروط الواردة فى المادة ١٢٥ والمطلوبة لقبول الطلب العارض.

ففكرة المقاصة القضائية تسلم القاضى الى بحث المراكز الموضوعية للخصوم، سواء تعلقت بالواقع، أم كانت متعلقة بالقانون. فعليه أن يبحث مسألة المقاصة القضائية من ناحية أن الشروط اللازم توافرها لاعمال المقاصة القانونية قد تخلفت كلها أو بعضها، وأن من الضرورى عليه أن يحسم بحكم قضائى النزاع حول وجود الدين أو استحقاقه، أو مقداره ليصبح بعد ذلك صالحا لاجراء المقاصة القانونية.

فكأن المقاصة القضائية يمر تقدير القاضى للطلب المقدم بها بمرحلتين:

الأولى: يظهر فيها بوضوح دور القاضى فى جعل الحق الذى يدعيه المدعى عليه قابلا للمقاصة، ويتم ذلك عن طريق تدير الشرط الذى تخلف وكان وجوده ضروريا لاعمال المقاصة القانونية التى كان الواجب التمسك بها عن طريق الدفع الموضوعى.

الثانية: تقدير مدى تكامل الشروط الواجب اعمالها لانزال الحكم بالمقاصة التى يحكم بها القاضى.

٣٤٤- وبحث القاضى التقديرى لمسألة قبول الطلب العارض بالمقاصة القضائية يبين الدور الذى يلعبه هذا الأخير داخل المراكز الموضوعية للخصوم. فهو يقدر ما يلزم اجرائه لاستكمال الشروط الواجب توافرها لاعمال المقاصة، فهو يقدر نطاق العقبة التى حالت دون التمسك بالمقاصة القانونية، ثم يقدر ضرورة صدور حكم يقتصر على تحضير وتحريك المقاصة بتقرير الدين[1].

---

(١) - Mendegris: la nature juridique de la compensation. Thèse. Paris 1969. p. 160 et s.
- Chabas: Reflexions sur la compensation judiciaire j. c. p. 1965 - I - no. 2026.

هذا البحث يتم فى مرحلة أولى على ضوء الواقع المقدم فى الطلب العارض، وعلى ضوء القواعد الموضوعية المحتملة التطبيق على النزاع المطروح بصورة مجردة، كل هذا يتم لتوليد آثار اجرائية أولا تتمثل فى قبول الطلب، ثم آثار موضوعية ثانيا، تتمثل فى الحكم للمدعى عليه بمطلوبه[1].

ويرى البعض أن المشرع بالنسبة لطلب المقاصة قد افترض قيام الارتباط بين هذا الطلب العارض والطلب الأصلى، وهذا صحيح، ويقصد بالارتباط فى هذا المجال الارتباط بين المراكز الموضوعية للخصوم، لأن المقاصة تجرى فى واقع الأمر بين هذه المراكز.

ومع ذلك فنحن لا نوافق هذا الرأى عندما يقول أن الارتباط بين هذا الطلب المقابل والطلب الأصلى لا يكون للقاضى السلطة فى تقديره من حيث الوجود[2].

لأن القاضى يملك فى جميع الأحوال - ويجب ملاحظة ذلك - هذه السلطة التقديرية. فلا يكفى أن يتقدلم له المدعى عليه بطلب عارض طالبا اعمال المقاصة القضائية حتى يلتزم القاضى بقبوله. وانما عليه اعمال التقدير الموضوعى عن طريق المقارنة بين المراكز القانونية الموضوعية الواقعية. والمراكز القانونية المجردة الكامنة بصورة نموذجية داخل القواعد القانونية المحتملة التطبيق. وعلى ضود هذه المقارنة يخلص القاضى الى قيام رابطة يمكن أن تكيف قانونا بأنها علاقة ارتباط أو أنها ليست كذلك.

٣٤٥- وحينما يتصدى القاضى لتقدير طلقب التعويض عن الأضرار التى لحقت المدعى عليه من الدعوى الأصلية أو مناجراء فيها، فانه هنا

(١) نقض مدنى ٢٤/ ٦/ ١٩٧١ مجموعة النقض، س ٢٢، ص ٨١٨/ نقض مدنى ١٧/ ٦/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠ ص ٩٩٦/ نقض مدنى ٢٢/ ٢/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ٣٤٥.

(٢) فتحى والى، الوسيط، ص ٥١٨/ نقض مدنى ٢٥/ ٦/ ١٩٥٩ مجموعة النقض، س ١٠، ص ٥١٩/ نقض مدنى ٣/ ٢/ ١٩٦٦ مجموعة النقض، س ١٧، ص ٢٤٧/ استئناف مصر ٨/ ٤/ ١٩٤٧ المحاماة، س ٣١، ص ٣٥٣/ نقض مدنى ٢٣/ ١/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ١٥٠.

يجرى عملية تقدير معقدة فيجب أن يقدر مدى الارتباط بين طلب التعويض وبين الدعوى الأصلية. وهذا لا يتم الا على أساس تقدير عناصر المسئولية التقصيرية. والتى يجب أن يطلقها الطلب الأصلى. فيجب أن يوجد الخطأ. ويتولد منه ضرر بالمدعى عليه، وتربطهماعلاقة سببية، وينتفى بصدد كل هذا السبب الأجنبى. ويجب من جهة أخرى أن يكون الطلب العارض بالتعويض مرتبطا بالطلب الأصلى أى يواجه ذات عناصر المسئولية التقصيرية المتولدة منه.

هذا التقدير الازم الذى يقوم به القاضى يولد العديد من الآثار الاجرائية، منها قبول الطلب العارض واختصاص المحكمة بنظره نوعيا، وقابلية الدعوى لنظاها، كما أنه يؤثر على قابلية الحكم للطعن فيه وعلى نسبية آثار الأحكام. بالاضافة الى هذه الآثار الاجرائية، يكون من شأن هذا التقدير القضائى تهيئة الطلب العارض لتوليد آثاره الموضوعية ومنها استحقاق المدعى عليه للتعويض. هذا التقدير يستند اذا على المراكز الموضوعية من واقع ومن قانون بصفة أساسية.

وجدير بالإشارة أن هذا الطلب العارض يملك موضوعا وسببا مختلفا كل الاختلاف عن موضوع وسبب الطلب الأصلى، ورغم ذلك ولدواعى الارتباط تختص بنظره المحكمة التى تنظر الطلب الأصلى.

٣٤٦- وتقدير القاضى للطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه يأخذ مدى بعيدا فى الأحوال التى يقدم فيها هذا الأخير أى طلب يترتب على اجابته عدم الحكم للمدعى بطلباته كلها أو بعضها، أو أن يحكم بها مقيدة بقيد لمصلحة المدعى عليه.

مثال ذلك أن يطلب المدعى تسليم عين كان قد اشتراها من المدعى عليه. فيطلب هذا الأخير الحكم له بفسخ العقد أو ابطاله.

ومثال ذلك أيضا طلب المدعى عليه – فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع العرفى – بطلان العقد أو أى طلب آخر قد يثار من المدعى عليه أو ورثته ويتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو بصحته أو ببطلانه.

وقد قالت محكمة النقض المصرية فى هذا الصدد[1]:

«مثل هذه الدعاوى هى دعاوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها الى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه، وتتطلب أن يكون البيع من شأنه نقل الملكية اذا ما سجل الحكم الذى يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها، فهذه الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد وانعدامه وبصحته وبطلانه، فولاية القاضى فى هذه الدعوى ليست قاصرة على فحص ما اذا كان التصرف على المال موضوع النزاع قد صدر أم لم يصدر، فهى تختلف عن دعوى صحة التوقيع التى لا تعدو أن تكون دعوى تحفظية الغرض منها تطمين من بده السند العرفى الى أن صاحب التوقيع عليه لا يستطيع بعد الحكم فيها بصحة توقيعه أن ينازع فى التوقيع، فيمتنع على القاضى فيها أن يتعرض للتصرف المدون فى السند من ناحية صحته أو عدم صحته، بل يقتصر بحثه على صحة التوقيع فقط».

٣٤٧- هذا الحكم يعبر بشكل واضح عن نطاق السلطة التقديرية للقاضى ومضمونها فى المثال السابق سرده. والذى نريد ابرازه أن فكرة الطلبات العارضة تثير أول ماتثير مسألة البحث فى المراكز الواقعية التى يقدمها الخصوم، سواء وردت هذه المراكز فى الواقع أم فى القانون. وللقاضى سلطان مطلق لا معقب عليه فى بحث هذه المسائل. وهذا البحث يتمخض عن توليد العديد من الآثار الموضوعية والاجرائية السابق التنويه عنها فى العديد من الأماكن السابقة.

ونفس هذا التحليل يصدق على بقية الحالات الواردة فى المادة ١٢٥ من قانون المرافعات بصدد الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه.

٣٤٨- واذا انتقلنا الى دراسة الطلبات العارضة المقدمة من غير من يشغل مركز المدعى أو مركز المدعى عليه، فاننا لا نواجه دراسة نظم

(١) نقض مدنى ٢٦/ ٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٣٦٨/ نقض مدنى ٣١/ ٣/ ١٩٦٦ مجموعة النقض، س ١٧، ص ٤٨٦/ نقض مدنى ١٣/ ٥/ ١٩٦٥ مجموعة النقض، س ١٦، ص ٥٧٧.

التـدخل والاختـصـام فى ذاتـهـا وانما نـدرس سلطة القـاضـى التـقـديرية فى هذاالمقام فـقط، ودراسة سلطة القاضى هذه تنصب فقط على بعض الأفكار الأساسيـة فى نظام التـدخل والاختـصـام، أو مـا نسـمـيـه فى نطاق اتسـاع الخصومة من حيث الأشخاص.

والأفكار الأساسية التى نواجهها فى هذا الموضوع هى:

١- فكرة الغـيـر لأن التـدخل والاخـتـصـام لا يمكن، فى ظل النظم الاجـرائيـة القـائمـة، أن يقع الا من شـخص لا يعـتـبـر طرفـا أو ممثـلا فى الخصومة التى نواجه اتساعها من حيث الأشخاص.

٢- فكرة اختـصام من كـان يصح اختـصـامـه فى الدعـوى عند رفعـهـا •مادة ١١٧ مرافعات).

٣- فكرة مصلحـة العدالة واظهار الحقيقة التى تجيز للمحكمة ولو من تلقاء نفسهـا أن تأمر بادخـال من تراه من الأشخاص فى الخصـومـة القائمـة (مادة ١١٨).

٤- فكرة المصلحـة التى تجـيـز لكل شـخص أن يتـدخل فى الدعـوى متنضمـا لأحد الخصوم، أو مطـالبا لنفسه بطلب مرتبط بالدعـوى الأصلية (مادة ١٢٦ مرافعات).

هذه هى الأفكار الأساسية التى تحكم النظام القانونى للتدخل والاختصام فى نطاق الخصومة المدنية بعد أن جردناها من الاجراءات والمسائل الفرعية والشكليـة التى تسـود فى هذا المجـال. والسؤال الآن هـو كـيف يقـوم القـاضـى باعمال سلطته التقديرية فى هذا النطاق؟

٣٤٩- يشترط لقبول التدخل أو الاختصام أن يكون مقدما من شخص من الغير، ويقصد بذلك أن يكون المتدخل أو المختصم ليس طرفا أو ممثلا بأية صفة كانت فى الخصومة المراد التدخل فيها. والقاضى هو الذى يتولى تقدير صفة الغير.

وفكرة الغير هى فكرة ذات مفهوم وظيفى متعدد، أى أنه لا يمكن الاتفاق على القول بوجود فكرة موحدة للمركز القانونى لمن يعتبر غيرا[(١)].

فمثلا بالنسبة لحجية الشيء المقضى به، فانه فكرة الغير ازاء هذه الحجية يمكن تصورها على أشكال ثلاثة:

١- غير لا يحتج بالقضاء فى مواجهته، وهو من لا يهمه التقرير القضائى على الاطلاق.

٢- غير تمتد اليه الحجية، ويحدث ذلك اذا كانت هناك رابطة قانونية أومركز قانونى متعدد الأطراف، وكان لكل طرف أن يرفع الدعوى بشأنه، ولكن اذا رفعت الدعوى من أحدهم وفصل فيها، لم يجز رفعها مرة أخرى من الأطراف الآخرين كما فى الدائنين أو المدينين المتضامنين.

وكما يحدث أيضا اذا كان الغير فى مركز قانونى يعتمد على المركز الذى قرره الحكم القضائى، مثال ذلك الكفيل الذى تمتد اليه حجية القضاء الصادر فى مواجهة المدين بالنسبة لتقرير وجود الدين، وحالة المستأجر من الباطن بالنسبة للحكم الصادر ببطلان عقد الايجار الأصلى.

٣- غير وان لم تمتد اليه الحجية، الا أنه يتأر بها من الناحية الفعلية. ومن هؤلاء دائنوا المحكوم عليه، فاذا صدر حكم على هذا الأخير تأثر دائنوا هذا الأخير نتيجة نقصان ضمانهم العام[(٢)].

---

(١) - Bousquet: De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers. Toulouse. 1930.
- Cuny: Des Tiers. Thèse. Nancy, 1889.
- Delcourt: De L'effet des actes juidiques à l'egard des tiers. Thèse. Paris 1902.
- Demogue: Les notions fondamentales en droit privé. Paris. 1917.

(٢) فتحى والى، الوسيط، ص ١٧٨ الى ١٨٢.
- Vincent: Précis: p. 469.
- Aussel: Essai sur la notion de tiers en droit Français. montpellier. 1956. pp. 134 à 250.

=

هذا التحديد لفكرة الغير يتعلق بفكرة حجية الشيء المقضى به وقاعدة نسبيتها، والذى نبحث عنه هو تحديد صفة الغير للشخص الذى يريد التدخل من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم أو القاضى. ورأينا أن تحديد صفة الغير فى هذا النطاق حينما يتولى القاضى تقديره لا يمكن أن يتم فى معزل عن الأفكار الأساسية السابق لنا ذكرها.

هذه الأفكار هى المصلحة (مادة ١٢٦ مرافعات) وفكرة من كان يصح اختصامه فى الدعوى عند رفعها. وفكرة مصلحة العدالة واظهار الحقيقة. جمع المضامين المختلفة لهذه الافكار هو الذى يساعد القاضى على تحديد صفة الغير الذى بقبول طلبه يتسع نطاق الخصومة من حيث الأشخاص.

ولكن السؤال يظل قائما: كيف يتم التقدير القضائى فى هذا النطاق؟

٣٥٠- يتم التقدير القضائى لصفة الغير بالبحث عن مصلحته فى التدخل (مادة ١٢٦)، فاذا ما كان تدخله انضماما فلا بد من البحث فى مركزه الموضوعى الذى يكشف لنا عن وجود صلة بينه وبين المركز الموضوعى للمدعى أو المدعى عليه والذى يتدخل هذا الغير منضما اليه لتأييده فى دفاعه أو تقديم دفوع مساندة.

أما اذا كان التدخل التلقائى تدخلا أصليا، فواضح هنا ظهور المركز القانونى المتعلق بأصل الحق الذى يتمسك به المتدخل همجوميا فى مواجهة المدعى أو المدعى عليه. كذلك يتضح مدى الارتباط الذى يقوم القاضى بتقديره بين جميع هذه المراكز والذى يولد هو الآخر مصلحة الغير فى التدخل.

واختصام الغير يتم وفقا للمادة ١١٧ من قانون المرافعات بالنسبة لمن كان يصح اختصامه عند رفع الدعوى الأصلية. أى من كان على صلة بالمركز الموضوعى المتنازع عليه.

وكذلك مصلحة العدالة أو اظهار الحقيقة تتمخض فى نهاية المطاف عن

=

- Boyer: les effets des jugements à l'égard des tiers. R. T. 1962. p. 163.

- أحمد السيد صاوى، آثار الأحكام القضائية بالنسبة للغير ١٩٧٩، ص ٢٠.

مسائل موضوعية تتعلق بأصل الحق ومن المهم وجود المختصم فى قلب الخصوم حتى يكون الحكم الصادر قريبا الى الحقيقة بقدر الامكان.

وبناء على كل ذلك يتبين لنا مادة النشاط التقديرى الذى يقوم به القاضى لتحديد مركز الغير الذى يحق له التدخل، أو الذى يجوز اختصامه فى الخصومة القائمة

وننتقل الآن الى دراسة الفرع الأخير من هذا المطلب والذى يتعلق بتقدير القاضى لقاعدة عدم إختصاصه بالنزاع من تلقاء نفسه.

الفرع الثالث

تقدير القاضي لقاعدة عدم اختصاصه بنظر النزاع من تلقاء نفسه

٣٥١- يسيطر على الخصومة المدنية مجموعة من القواعد العامة التى تشكل الهيكل العام لهذه الخصومة، ومن هذه المبادئ مبدأ سيادة الخصوم الذى يعنى أن الخصوم هم وحدهم أصحاب النزاع المتعلق بهم. وبالتالى لهم طرحه وعدم طرحه أمام القضاء، واذا طرحوه فلهم أن يحددوا نطاقه بمطلق سلطتهم التقديرية. واذا ما طرحوه على القاضى فلهم هجره فى أية لحظة.

والى جانب هذا المبدأ يقوم مبدأ آخر هو مبدأ حياد القاضى، ومن مفاهيم ومعانى هذا المبدأ ضرورة احترام حدود النزاع المطروح أمامه وعدم الاضافة أو التعديل فى أى عنصر من عناصر الادعاء المطروح أمامه وذلك بمبادرة تلقائية من نفسه، ودون طلب من الخصوم.

وبناء على ذلك يمتنع على القاضى أن يدخل فى اختصاصه من تلقاء نفسه أى مسألة لم يطرحها الخصوم عليه[1].

---

(١) Walline: la notion judiciaire de l'excès de pouvoir. Thèse. Paris 1926.

- Zarzycki: La demand en justice. Thèse Caen. 1937.
- Cornu et Foyer. op. cit. p. 196.
- Vincent: op. cit. p. 521.

والطلب القضائى الذى يتضمن ادعاء يطرح على القضاء هو الصورة العملية التى يتم بها الاعمال الاجرائى للحق فى الدعوى القضائية، هذا الطلب هو الذى يؤدى الى عقد الاختصاص بالادعاء للقاضى. وبدونه، وفى غيابه لا يستطيع القاضى أن يختص بنظر شيء ما. وهذه هى قاعدة أن القاضى لا يختص من تلقاء نفسه:

وهذه القاعدة هى قاعدة عامة فى كافة القوانين الاجرائية. وكانت معروفة فى القانون الرومانى:

وهذه القاعدة تسبق مبدأ حياد القاضى، لأن هذا الحياد ما هو الا تطبيق لعدم اختصاصه من تلقاء نفسه.

٣٥٢- وعدم اختصاص القاضى بنظر النزاع من تلقاء نفسه يجد أساسه فى اعتبار عملى، هو عدم استطاعة القاضى معرفة المنازعات التى تقوم بين الأفراد حتى يختص بها.

ومن جهة عملية أخرى فالمراكز الموضوعية الفردية هى ملك الأفراد، لهم طرحها على القاضى أو عدم طرحها عليه فهم أحرار ازاء حقوقهم الخاصة.

ومن جهة أخرى فالقاضى يختلف عن رجل الارادة الذى يملك النشاط التلقائى، وذلك عن طريق اتخاذ قرارات ادارية يواجه بها المخالفات القانونية. كذلك فان مبدأ الفصل بين السلطات يحول دون أن يتحول القاضى الى رجل ادارة يختص من تلقاء نفسه بالمنازعات التى تعكر صفو النظام القانونى.

والى جانب هذا الاعتبار العملى يوجد اعتبار فنى مؤداه أنه لو سمح للقاضى بالاختصاص بنظر النزاع من تلقاء نفسه، فان ذلك سوف يؤدى

=

- Debbasch: procédre administrative et procédure civile. Paris, 1962.
- Glasson, Tissier et Morel. traité de procédure. Tome I.
- Brulliard: procédure civile. p. 20.
- J. Normand. op. cit. p. 3 et s.

الى اختلاط مركز القاضى بمركز المدعى، وفى ذلك هدم للنظام القانونى للخصومة المدنية.

وحتى اذا وجدت منازعات تتعلق بالنظام العام فان القاضى لا يمكن أن يختص بها من تلقاء نفسه، بل يجوز للنيابة العامة استعمال حقها فى الدعوى وطرح النزاع بمبادرة منها على القاضى.

هذه هى قاعدة عدم اختصاص القاضى بالنزاع من تلقاء نفسه، وأساسها العملى والفنى.

٣٥٢- وكل هذا يختلف عن سلطات القاضى ازاء نزاع طرح عليه بالفعل. ففى نطاق هذا النزاع يجوز للقاضى اثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه. لأن أساس هذه الدفوع يوجد كامنا فى الوقائع المطروحة عليه. كذلك يجوز له اثارة جميع المسائل الموضوعية المتعلقة بالنظام العام وتكون كامنة فى الوقائع المطروحة عليه.

أيضا له الفصل فى الطلبات الضمنية المطروحة عليه من خلال الطلب الأصلى، ولا يعتبر فى هذه الحالة أنه قد حكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه[1].

وبناء على ذلك ينبغى على القاضى تقدير المسائل الضمنية أو المتعلقة بالنظام العام، من حيث أنها تعتمد على أساس مادى وارد بالمجموع الواقعى المطروح بواسطة الخصوم عليه، حتى يمكنه الفصل فيها بطريقة صحيحة لا تجعل حكمه معرضا للالغاء أمام محكمة الطعن.

وننتقل الآن الى دراسة تقدير القاضى لمضمون الادعاء المطروح عليه.

المطلب الرابع

تقدير القاضي لمضمون الادعاء المطروح عليه

٣٥٣- يتولى القاضى تقدير مضمون الادعاء المطروح عليه ليرى ما اذا كانت الحماية القضائية المطلوبة من خلاله هى حماية موضوعية أم حماية وقتية.

---

(١) نبيل عمر، الطعن بالتماس اعادة النظر، ص ٢٥٠ وما بعدها، منشأة المعارف ط ١، س ١٩٨٣.

وهذا التقدير هام، ومظهر أهميته يتجلى فى أن النظام القانونى للخصومة والحكم الصادر فى كلا النوعين من أنوع الحماية له طبيعة مختلفة.

وبالتالى يهمنا معرفة الأسس التى يتم بناد عليها هذا التقدير.

كما أنه من المهم معرفة كيفية قيام القاضى بتقدير مضمون هذا الادعاء، لأن هذه الكيفية تلقى المزيد من الضوء على الاتصال القائم بين قواعد الحماية القضائية، والقواعد التى تحكم المراكز القانونية الموضوعية.

وبناء على ذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين:

الفرع الأول: تقدير القاضى للحماية القضائية الموضوعية.

الفرع الثانى: تقدير القاضى للحماية القضائية الوقتية.

والى تفصيل كل ذلك.

الفرع الأول

تقدير القاضي للحماية القضائية الموضوعية

٣٥٤- عن طريق مجموع الوقائع المطروح بواسطة الخصوم على القاضى، بغض النظر عن الأوصاف والتكيفات لاقانونية التى يتمسك بها الخصوم، وعن طريق وجود قاعدة قانونية يراها القاضى، فى مرحلة زمنية أولى، صالحة لاحتمال التطبيق على النزاع، وعن طريق المجهود الذهنى المنظم الذى يقوم القاضى به، يتولى هذا الأخير تقدير نوع الحماية القضائية الواجبه الاعمال على الادعاء المطروح عليه.

والقضاء الموضوعى أو الحماية القضائية الموضوعية هى تأكيد من القضاء لحق أو مركز قانونى معين، أو انشاء لحق أو مركمز قانونى لم يكن معترفا به من قبل، أو الزاما بأداء معين.

هذه الصور الثلاث من صور القضاء الموضوعى يوجد لكل منها دعوى صالحة لتوليد هذه الحماية القضائية الموضوعية.

فالقضاء التقريرى الذى يقتصر على مجرد تأكيد وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانونى أو واقعة قانونية، هو صورة من صور القضاء

الموضوعى الفاصل فى أصل الحق. وكل قضاء موضوعى يتضمن تقرير وجود حق أو مركز قانونى أو عدم وجوده. لأن ذلك يعتبر مفترضا ضروريا لأى قضاء،

وتقدير القاضى للحماية القضائية الموضوعية التقريرية ينصب بصفة أساسية على المراكز القانونية الموضوعية، فعليه أن يتأكد، من خلال وقائع الادعاء، من وجود مركز قانونى موضوعى أو من وجود رابطة قانونية تستوجب هذه الحماية. وتتلخص الحماية المراد الحصول عليها فى مجرد تقرير وجود هذا المركز الموضوعى أو عدم وجوده[1].

واستخلال القاضى لنوع القضاء المطلوب، ونوع الحماية القضائية الواجبة الأعمال لا يتم فقط عن طريق فحص الوقائع المطروحة عليه، بل يتم أيضا عن طريق مقارنة مجموع هذه الوقائع بفرض القاعدة القانونية الموضوعية التى يراها – فى زمن أول – محتملة التطبيق على النزاع. فاذا وجد التطابق قائما بين الواقع المحدد المطروح عليه، والواقع النموذجى الوارد فى مفترض النص التشريعى، فانه ينتهى الى انزال التكييف القانونى، واعمال حكم القانون بمنح الحماية القضائية التقريرية.

٣٥٥- وبالنسبة للقضاء الموضوعى المنشئ الذى يقتصر على مجرد تقرير حق، فينشأ عن ذلك تغيير فى مركز قانونى سابق. والواقع أن تقرير وجود حق من الحقوق فى نطاق القضاء المنشئ يؤدى الى تقرير وجود الشروط التى يتطلبها القانون لاستعمال هذا الحق، ويترتب على هذا التقرير وهذا الوجود حدوث تغيير فى مركز قانونى سابق.

مثال ذلك اذا رفعت دعوى بطلب ابطال عقد، وقضى بالبطلان، هنا يترتب البطلان على هذا القضاء، اذ العقد قبل صدور الحكم كان صحيحا، وان كان قابلا للابطال، والحكم الصادر بالابطال أدى الى تقرير حق البطلان وذلك بتقريره توافر الشروط الواجب اعمالها لتغيير مركز قانونى سابق[2].

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ١٣٢ الى ١٤٠.

(٢) فتحى والى، ص ١٤١.

٣٥٦- وأخيرا فمن صور الحماية القضائية الموضوعية قضاء الالزام. وهذا القضاد شأنه شأن الأعمال القضائية الأخرى لا يفل سوى تقرير مركز قانونى سابق عليه، والالزام بأدائه.

ولكى يعتبر القضاء قضاء الزام يجب أن يرد التقرير على رابطة حق الالتزام، وليس على الرابطة القانونية الأساسية مصدر هذا الحق. ولهذا فانه لا يعتبر قضاد الزام القضاء الذى يقرر وجود رابطة تعاقدية، وانما يعتبر كذلك القضاء الذى يقرر الحق المعين الذى نشأ عن هذه الرابطة وما يقابله من التزام[1]. فى بحث القاضى عن مضمون الادعاء لتحديد نوع الحماية القضائية المطلوبة ينصب بحثه بصفة أساسية على المراكز القانونية الموضوعية المتنازع عليها. سواء تعلقت هذه المراكز بالواقع أم القانون.

وبحثه هذا فى نطاق سلطته التقديرية هو بحث تحضيرى لهيئة النزاع للفصل فيه بحكم حاسم بعد أن ينزل عليه التكييف القانونى المناسب.

ولا شك أن هذا البحث يولد العديد من الآثار الاجرائية والآثار الموضوعية، هذه الاثار تظهر بوضوح الاتصال العميق بين قواعد الاجراءات وقواعد الموضوع.

الفرع الثانى

تقدير القاضي للحماية القضائية الوقتية

٣٥٧- الى جانب القضاء الموضوعى السابق الاشارة اليه، يعرف التنظيم القانونى صورة أخرى من صور الحماية القضائية هى القضاء الوقتى. وعلة تنظيم هذه الصورة من صور الحماية القضائية ترجع الى أنه قد ينقضى وقت طويل قبل أن يتمكن صاحب الحق من رفع دعواه الموضوعية، كما أنه لابد وأن ينقضى بعض الوقت الى حين الفصل فى هذه الدعوى.

والقضاء الوقتى له وظيفة مساعدة، فهو يمنح بالنظر الى امكانية صدور القضاء الموضوعى المحتمل صدوره فى المستقبل، سواء كان هذا القضاء

---

(١) فتحى والى، من ص ١٤١ الى ١٥٠.

الأخير نتيجة دعوى موضوعية رفعت بالفعل أو ينتظر رفعها. والقضاء الوقتي يرمي في الواقع الى ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية لهدفها، ولهذا فانه اذا فصل فى الدعوى الموضوعية فان الدعوى الوقتية تصبح غير مقبولة[1].

القضاء الوقتي يواجه اذن الخطر من تأخير الفصل فى النزاع الموضوعي. القضاء الوقتي يواجه اعتبار عمليا، وهو حماية المراكز الموضوعية حماية مؤقتة الى أن يفصل فى أصل الحق بحكم يحدد المراكز الموضوعية للخصوم بصفة نهائية.

القضاء الوقتي يواجه فى نهاية الأمر امكانية احداث المطابقة بين المراكز القانونية للخصوم ومراكزهم الواقعية عن طريق أدوات التنفيذ الجبرى[2].

٣٥٨- والحماية القضائية الكاملة لمراكز الخصوم القانونية تكمن بتنفيذ الحكم الموضوعي تنفيذا جبريا أو اختياريا. ومع ذلك فقد توجب ظروف معينة تشتمل على خطر أو تهديد بالمركز القانوني لا يحتمل فيها التأخير مما يقضي باتخاذ تدابير وقتية وسريعة لحماية الحق أو المركز القانوني وهذه هي مهمة القضاء الوقتي الذى يمنح حماية مؤقتة حتى الحصول على الحماية القضائية الكاملة.

---

(١) فتحي والى، الوسيط، ص ١٥١ الى ١٥٩.
- ابراهى سعد. المرجع السابق. ص ٣٦٦ الى ٣٨٣.
- وجدى راغب، نحو فكرة عامة للقضاد الوقتي، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول س ١٥ سنة ١٩٧١، ص ١٦٧ الى ٢٧٥.
- أمينة النمر. مناط الاختصاص والحكم فى الدعوى المستعجلة. رسالة ١٩٦٧، ص ١١٤.
- وجدى راعب. النظرية العامة فى التنفيذ الجبرى، س ١٩٧٣ ١٠٤.
- نبيل عمر، اشكالات التنفيذ الجبرى، ط ١، س ١٩٨٢، ص ١٥٠.
- محمد على راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ط ٥ – ١٩٦٨، ص ٥٠.
- محمد عبداللطيف. القضاء المستعجل – ١٩٧٧ ط ٤، ص ١٥٦ وما بعدها.
- أبو الوفا. التعليق، جـ ١، س ١٩٦٨، ص ١٧٤ وما بعدها.

(١)وذلك بحماية المراكز الموضوعية حماية مؤقتة الى حين صدور القضاء الموضوعي، وامكانية تنفيذه جبرا أو اختيارا.

والسؤال الذى نطرحه الآن ينصب حول كيفية قيام لاقاضى بتقدير أن المطلوب من الادعاء المطروح أمامه هو طلب حماية وقتية.

والاجابة على هذا السوال تتلخص فى أنه عن طريق مجموع الوقائع المطروحة أمامه بواسطة الخصوم، وبغض النظر عن الأوصاف القانونية التى أسبغها هؤلاء على وقائعهم، يقوم القاضى بتقدير نوع الحماية المطلوبة.

وهو فى تقديره ذلك يأخذ فى اعتباره القواعد القانونية التى يراها حاكمة للنزاع المطلوب اتخاذ الاجراء الوقتى بشأنه. ومعنى ذلك أن القاضى يبحث من خلال الوقائع المقدمة اليه عما اذا كان يوجد خطر من تأخر الحصول على الحماية القضائية الموضوعية، وما اذا كان من شأن هذا الخطر أن يوثر تأثيرا ضارا على حقوق الخصوم الموضوعية، سواء كان مرفوعا بلا دعوى موضوعية، أو سوف ترفع بشأنها هذه الدعوى، أم أنه لا يوجد حسب تقديره خطر من هذا النوع.

وعلى ضوء هذا البحث يقرر القاضى منح أو عدم منح الحماية القضائية الوقتية.

ولكن كيف يقوم القاضى باجراء هذا البحث على وجه الدقة؟ هذا البحث لا يمكن أن يتم فى رأينا فى معزل عن الحق الموضوعى المطلوب اتخاذ الإجراء الوقتى لحمايته.

ومع ذلك يرى البعض[1]، أن القضاء الوقتى يمنح بصرف النظر ن وجود الحق الموضوعى، وبناء على ذلك يرى هذا الفقه أن الدعوى الوقتية هى دعوى مجردة.

والواقع أن هذا الرأى لا يتمشى معمنطقه ذاته. فقد ذكر أن القضاء الوقتى له وظيفة مساعدة، فهو يمنح بالنظر الى امكانية صدور قضاء موضوعى محتمل فى المستقبل[2].

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ١٥٢.

(٢) فتحى والى، ص ١٥٢.

كما أن هذا الرأى ذاته يرى أنه اذا فصل فى الدعوى الموضوعية، فان الدعوى الوقتية تصبح غير مقبولة[1].

وكان يجب على هذا الرأى أن يصل الى نتائج مختلفة عن هذه النتائج، اذا ما كانت الدعوى الوقتية هى حقيقة دعوى مجردة لا صلة لها بالحق الموضوعى كما يقول الرأى ذاته[2].

وأيا ما كان من شأن هذا الرأى، فأننا نرى أن الصلة وثيقة بين القضاء الوقتى والمراكز القانونية الموضوعية المراد حمايتها مؤقتا بالدعوى الوقتية. هذه الصلة ذاتها هى التى تساعد القاضى فى تقديره لمضمون الادعاء الوقتى.

٣٥٩- والخطر من التأخير بالمعنى السابق شرحه يقصد به أنه حين يهدد مركزا قانونيا بخطر عاجل سوف يترتب عليه ضرر نهائى لا يمكن تداركه، فانه ينشأ من التأخير فى حماية مصلحة الطالب منه خطر آخر على الحماية القانونية ذاتها يهددها بالعقم أو بالقصور.

وخطر التأخير فى حماية المراكز الموضوعية حماية موضوعية قضاء، والذى يبرر الحاجة الى الحماية الوقتية، هو خطر قانونى، وليس خطرا ماديا[3].

واذا استعرضنا أوصاف هذا الخطر، فاننا نستعرض فى ذات الوقت مظاهر الاتصال بين القضاء الوقتى والقضاء الموضوعى، كما نبين أيضا وفى ذات الوقت النشاط التقديرى الذى يقوم به القاضى لتحديد مضمون الادعاء المطروح عليه.

فخطر التأخير لابد أن يكون خطرا عاجلا، بمعنى أن يكون الضرر الذى

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ١٥٢.

(٢) فتحى والى، الوسيط، ص ١٥٢.

(٣) وجدى راغب، المقالة، ص ٥٥٠.

- رمزى سيف، قواعد التنفيذ، ص ٥٥٠.
- السنهورى، الوسيط، جـ ٧، ص ٨٠٦.
- فتحى والى، الوسيط فى التنفيذ الجبرى ١٩٨٠، ص ١٣٠.

سوف يصيب الحق المطلوب حمايته مؤقتا هو ضرر محدق يمكن أن يقع فى أى لحظة. وأن يكون هذا الضرر المحتمل هو نتيجة مباشرة لأسباب قائمة بالفعل ومطروحة على القاضى[1].

وتقدير القاضى هنا يتم بطريقة موضوعية مجردة كالآتى:

على القاضى أن يبحث فى وجود قاعدة قانونية تحمى بصفة مجردة الحق المهدد بالضرر العاجل، فهو لا يبحث فى التأكد من صحة ما يدعيه المدعى من حق موضوعى، وانما هو يسأل نفسه بفرض أن الوقائع المطروحة عليه صحيحة، هل توجد قاعدة موضوعية تحمى نوع المصلحة المطلوب حمايتها بالاجراء الموقت، أم لا.

فمن يطالب بتوقيع الحجز التحفظى بوجه عام فانه فى كل حالة يخشى فيها فقدان الدائن لضمان حقه فان له أن يطلب توقيع هذا الحجز. فحكمة الحجز التحفظى تفترض أنه يجب على القاضى أن يقوم ببحث قيام الخطر العاجل الذى يتمثل فى احتمال فقدان الضمان العام، وهذا بحث فى أصل الحق.

ومن جهة أخرى فيجب على القاضى أن يقدر فكرة الضرر المبررة لمنح الحماية الوقتية، فلا يكفى أن يكون الضرر ضررا عاديا، وانما يجب أن يكون الضرر المحتمل ضررا نهائيا. لأنه فى هذه الحالة يودى تأخير الحماية العملية للحق الى ما بعد وقوع الضرر الى فوات الهدف من هذه الحماية.

ويقصد بالضرر العادى، الضرر الذى ينشأ عن الاعتداد على الحق أوالمصلحة القانونية فى ظروف عادية، بحيث يمكن ازالته تماما بعد وقوعه. أما الضرر النهائى الذى يبرر منح الحماية الوقتية، فهو الضرر الذى تلابسه ظروف خاصة، تجعله متى وقع لا يمكن ازالته تماما[2].

٣٦٠- وعلى ذلك فان القاضى فى تقديره لنوع الحماية المطلوبة منه، وبفرض أن هذه الحماية هى حماية وقتية، عليه أن يتعرض للبحث فى المراكز القانونية الموضوعية للتأكد من وجود حق موضوعى تحميه قاعدة

---

(١) وجدى راغب، المقالة، ص ٢٣٦.

(٢) وجدى راغب، المقالة السابقة، ص ٢٤١ و ٢٤٢.

قانونية مجردة، ويكون من شأن هذه القاعدة أن تحمي نوع المصلحة التى يتضمنها هذا الحق. والقاضى فى بحثه هذا لا يفصل فى أصل الحق ولا يصدر قرارا قضائيا فى شأنه. وانما هو يستخدمه كدلالة للاستجابة الى الحماية الوقتية المطلوبة، ثم بعد ذلك يبحث الخطر الذى يهدد هذا الحق من التأخير فى الحصول على الحماية الموضوعية. وفى نطاق هذا البحث يقدر القاضى نوعى الضرر الاحتمالى الذى يتعرض له هذا الحق، وكون هذا الضرر ضررا نهائيا يجعل الحماية الموضوعية التى سوف يحصل عليها المدعى فى المستقبل عقيمة وعديمة الجدوى، وذلك اذا لم يمنح الطالب الحماية الوقتية المطلوبة.

وعلى ضوء هذا التقدير ونتيجته يحكم القاضى بالاجراء الوقتى أو لا يحكم به[1].

والواقع أن الحماية الوقتية تمهد لاشباع مصالح الخصوم الموضوعية المستقبلة[2].

---

(١) أبو الوفا، التعليق، ص ١٧٣.

(٢) ابراهيم سعد، ص ٣٦٩، هامش (٥).

المبحث الثاني
اعمال القاضي لسلطته التقديرية
في مرحلة سير الخصومة

٣٦١- ندرس فيما يلى سلطة القاضى التقديرية فى مرحلة سير الخصومة، ونستعرض هذه الدراسة فى المطالب التالية:

المطلب الأول: تقدير القاضى للدفوع فى الخصومة.

المطلب الثانى: تقدير القاضى لمسألة شطب الدعوى.

المطلب الثالث: تقدير القاضى لأدلة الاثبات.

المطلب الرابع: تقدير القاضى لعوارض الخصومة.

المطلب الأول

تقدير القاضي للدفوع داخل الخصومة

٣٦١ مكرر (١)- أثناء سير الخصومة المدنية يستطيع جميع الخصوم ابداء ما يعن لهم من دفوع وأوجه دفاع. والقاضى من جهته يستطيع اثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه. والحكم الصادر فى هذه الدفوع يرتب أثارا معينة، ويخضع لنظام قانونى يختلف باختلاف نوع الدفع.

كما أن اجراءات تقديم الدفع وآثاره القانونية داخل الخصومة تختلف وتتغاير باختلاف نوع الدفع.

ويقع على القاضى مهمة تحديد الوصف القانونى لوسائل الدفاع التى تقدم داخل الخصومة المدنية، وهذا هو ما نهتم به، لأنه يدخل بطريق مباشر فى نطاق دراستنا لسلطة القاضى التقديرية[1].

فلكى يقوم القاضى بتقدير طبيعة الدفع المقدم اليه، فى نطاق الدفوع الموضوعية أولا، فان عليه أن يعتمد بصفة أساسية على مجموع الوقائع التى يدعيها الخصوم على أساس أنها مكونة لما يفترض أنه دفع موضوعى.

ومن جهة أخرى ليه أن يستند فى ذات الوقت الى قاعدة أو قواعد قانونية مجردة يرى أنها هى المحتملة التطبيق على هذه الوقائع.

ثم يبدأ القاضى بعد ذلك فحص موضوع الدفع ليرى ما اذا كان هذا الدفع يقصد به التمسك:

٣٦١ مكرر (٢)- ١- بانكار الوقائع المنشئة للحق الذى تمسك به المدعى كأساس لطلبه، أو انكار الآثار القانونية التى ينسبها المدعى لهذه الوقائع. فى مثل هذه الحالة فان مجرد انكار الوقائع المنشئة أو انكار آثارها

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٥٣٢/ رمزى سيف، الوسيط، ص ٣٧٤/ وجدى راغب، مبادئ، ص ٢١٢/ عبدالباسط جميعى، شرح قانون الاجراءات المدنية، س ١٩٧٤، ص ٤١٣/ ابراهيم سعد. المرجع السابق، ص ٦٤٠/ أبو الوفا، التعليق، جـ ١، ص ٢٨٩ وما بعدها/ أبو الوفا، الدفوع، ص ٢٠٠ وما بعدها/ نبيل عمر، الدفع بعدم القبول، ص ١٦٢/ محمد محمود هاشم، النظرية العامة فى التكييف، ص ٨٠ وما بعدها/ أحمد سيد ساوى. الوسيط فى قانون المرافعات، ص ١٧٠/ عبدالعزيز خليل البديوى، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

يراه البعض[1]. مجرد تنبيه للقاضى الى واجبه، لأن عليه ألا يحكم بمقتضى هذه الوقائع الا بعد اثباتها من جانب المدعى، واذا ما تم اثباتها فعلى القاضى من تلقاء نفسه وبدون طلب اعمال حكم القانون عليها وتوليد الآثار المترتبة على هذه الوقائع المثبتة.

وبناء على ذلك ينتهى هذا البعض الى أن انكار الوقائع المنشئة أو انكار آثارها لا يعد فى وقاع الأمر دفعا موضوعيا. بل هو مجرد وسيلة دفاع الهدف منها تنبيه القاضى الى واجبه ازاء هذه الوقائع.

ومع ذلك فنحن نرى أن التمسك بانكار الوقائع المنشئة للحق المدعى به، أو التمسك بانكار آثار هذه الوقائع فقط هو فى واقع الأمر دفعا موضوعيا بمعنى الكلمة.

فقيام المدعى عليه بانكار الوقائع المنشئة يقتضى منه أن يتقدم بدوره الى القاضى بمجموع واقعى جديد يهدف الى تعزيز انكاره لهذه الوقائع أولآثارها.

مثل هذا المجموع الواقعى الجديد يتضمن عناصر متعلقة بالمراكز القانونية للخصوم من الناحية الموضوعية، سواء تعلق الأمر بالواقع أم بالقانون، وعلى القاضى يقع عبء تقدير كل ذلك.

وحتى فى الأحوال التى يقتصر المدعى عليه فيها على انكار الآثار القانونية للوقائع المنشئة للحق المدعى به، فان المدعى عليه يتقدم بوقائع جديدة ترمى الى انكار هذه الآثار، اما لأن الواقعة الأصلية لا تولدها أصلا، أو لأن هذه الواقعة الأصلية تولد آثارا غير تلك المطالب بها. فى كل هذه الحالات نحن نكون هنا ازاء دفع موضوعى يترتب على بحثه ضرورة التصدى للمراكز الموضوعية للخصوم، كما يترتب على الفصل فيه التأثير ايجابا أو سلبا فى أصل الحق المدعى به.

٣٦٢- ٢ - قد يتمسك المدعى عليه، من جهة أخرى، بواقعة معاصرة

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٥٣٤.

- ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٦٣٩/ محمد وعبدالوهاب العشماوى، المرافعات، جـ١، ص ٢١١/ أبو الوفا، الدفوع، ص ٢١.

لنشأة الواقعة التى يتمسك بها المدعى ويكون من شأنها منع هذه الواقعة الاخيرة من انتاج كل أو بعض آثارها القانونية، كما لو تمسك المدعى عليه بصورية العقد أو بابطاله للغلط[1].

فى مثل هذه الحالة يرجع القاضى، بصفة مجردة ولتقدير مسألة قبول الدفع الموضوع أو عدم قبوله، الى القواعد القانونية القابلة للحكم على هذا المركز الموضوعى، ويفحص مراكز الخصوم ويتأكد من أنه من شأن الواقعة المعاصرة للواقعة المتمسك بها التأثير فى آثار الواقعة الأولى أم لا.

فاذا انتهى الى تعاصر الواقعتين وفقا للقانون الموضوعى، وأن من شأن هذا التعاصر التأثير فى الواقعمة الأولى تأثيرا سلبيا وفقا للقانون الموضوعى، فانه ينتهى الى:

– اعتبار الدفع دفعا موضوعيا.

– تهيئة الدفع للفصل فيه.

٣٦٣ – ٢ – وقد يتمسك المدعى عليه، أخيرا، بواقعة منهية من شأنها انهاء آثار الواقعة المنشئة التى تمسك بها المدعى، كما لو تمسك بالوفاء، أوبانقضاء الالتزام لأى سبب كان.

هنا يقوم القاضى ببحث أسباب انقضاد آثار الواقعة المنشئة. ويتم هذا البحث فى نطاق القانون الموضوعى، فى حدود الواقعة التى تمسك بها المدعى عليه، وعلى ضوء القاعدة القانونية التى يراها القاضى محتملة التطبيق على ما تمسك به الخصوم. وينتهى اما الى قبول الدفع أو الى عدم قبوله.

والمقابلة واضحة بين الطلب الموضوعى، والدفع الموضوعى. فهما فى الواقع وجهان سلبى وايجابى لنفس النزاع، اذ أن انكار المدعى عليه الحق المدعى به، يودى فى الواقع الى حماية مركزه القانونى الخاص به.

وبناء على ذلك فان النشاط التقديرى الذى يقوم به القاضى للدفوع الموضوعية يتم داخل نطاق القانون الموضوعى.

---

(١) فتحى والى، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

٣٦٤- وبحث سلطة القاضى التقديرية فى نطاق الدفوع الموضوعية ليس مجرد «ترف نظرى»، أو عقم فلسفى، بل انه على ضوء هذا البحث تترتب العديد من الآثار الهامة.

فمثلا، على ضوء هذا البحث تثور مسألة امكانية اثارة القاضى للدفع الموضوعى من تلقاء نفسه، أم أنه يشترط لذلك ضرورة تمسك المدعى عليه به.

والثابت أنه يجوز للقاضى اثارة هذا الدفع اذا كان يتعلق بالنظام العام، وكانت الوقائع المولدة له كامنه فى الوقائع المطروحة عليه(١).

وبالاضافة لاى ذلك يرى البعض، ونحن منهم، أن مسألة اثارة الدفع الموضوعى بواسطة القاضى من تلقاء نفسه جائزة، ولو لم يتعلق بالنظام العام.

لأن الأمر يتعلق فى الواقع بسلطة القاضى التقديرية، وسلطة القاضى فى الخصومة. وبما أن الدفع الموضوعى يعبر عن الوجه السلبى للنزاع. وحيث أن قواعد العدالة تفرض لعى القاضى أن يتعرض للنزاع بأكمله، سواد فى وجهه الايجابى أو وجهه السلبى، فيكون له أن يحكم من تلقاء نفسه بالدفع الموضوعى، اذا تبين له ذلك من الوقائع المطروحة عليه(٢). ويستثنى من ذلك الحالات التى يشترط فيها القانون صراحة ضرورة تمسك الخصم بالدفع الموضوعى.

٣٦٥- وفيما يتعلق بالدفوع الشكلية، فاننا ندرس سلطة القاضى التقديرية ازاءها، ولن نتناول بالتفصيل هذه السلطة ازاء كل دفع على حدة، بل سنتناولها من زوايا محددة. فندرس المسائل التالية:

١- تقدير وجوب ابداء الدفوع الشكلية قبل الكلام فى الموضوع أو ابداء دفع بعدم القبول.

---

(١) رمزى سيف، الوسيط، ص ٣٨٠.

(٢) ابراهيم سعد، ص ٦٤٢.

- نبيل عمر، الدفع بعدم القبول، ص ١٦٠.

- ويترتب لعى تقدير نوع الدفع المقدم الى القاضى العديد من النتائج الأخرى. راجع بالتفصيل، فتحى والى، الوسيط، ص ٥٣٥ و ٥٣٦.

٢- تقدير اثارة القاضى من تلقاء نفسه للدوفع الشكلية المتعلقة بالنظام العام.

٣- تقدير القاضى للدفع بالاحالة.

٣٦٦- ١- يجب التمسك بالدفع الشكلى قبل الكلام فى الموضوع، وقبل اثارة أى دفع بعدم القبول، وذلك فى الأحوال التى لا يتعلق الدفع الشكلى فيها بالنظام العام، والدفوع التى لم ينشأ الحق فى التمسك بها الا بعد الكلام فى الموضوع. هذه قاعدة مستقر عليها فقها وقضاء لاعتبارات متعددة ليس هنا مجال العودة اليها[1].

ولكن الذى يهمنا هنا هو كيفية تحديد القاضى لمعنى الكلام فى الموضوع.

يعتبر أى طلب أو دفاع من المدعى عليه مما يتعلق بالموضوع مسقطا للحق فى الدفوع الشكلية. ويقصد بالتعلق بالموضوع اتصال هذا الطلب أو هذا الدفاع بالمركز الموضوعى للمدعى عليه ذاته. ويتم تقدير ذلك كما سبق ورأينا عند دراسة تقدير القاضى للدفوع الموضوعية.

أما اذا ما تم الكلام فى الموضوع بهذه الصورة تكون الواقعة القانونية المسقطة للحق فى التمسك بالدفع الشكلى قد تحققت ورتبت آثارها.

ويعتبر أى طلب أو دفاع من المدعى عليه مما يتعلق بالموضوع مسقطا للحق فى الدفوع الشكلية. سواء أبدى الطلب شفاهة أو فى مذكرة مكتوبة، وسواء تضمن اعتراضا على ادعاء المدعى أم لا.

غير أنه لا يعتبر كلاما فى الموضوع مسقطا للدفع الشكلى مجرد التعرض للموضوع بصفة عامة غير محددة، بعبارات ذات طابع شكلى محض، كالقول بأن الادعاء «لا أساس له على أية حال». اذ لا يعتبر هذا ابداء لأى طلب أو دفاع أو دخولا فى موضوع القضية بالمعنى الدقيق. وطلب التأجيل بصفة عامة لا يعتبر كلاما فى الموضوع. أما طلب التأجيل الذى يتعلق بالموضوع، كطلب التأجيل لادخال ضامن، مثلا، أو طلب

---

(١) أبو الوفا، الدفوع، ص ٣٠.

- نبيل عمر، الدفع بعدم القبول، ص ٦٠.

التأجيل للصلح، فانه يعتبر كلاما فى الموضوع يؤدى إلى سقوط الحق فى ابداء الدفوع الشكلية[1].

والخلاصة، هى أن تقدير مسألة الكلام فى الموضوع التى تؤدى الى سقوط الحق فى الدفع الشكلى تخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضى. وهو فى بحثه عما يعتبر كلاما فى الموضوع يبحث فى الاجراء الذى اتخذه المتمسك بالدفع الشكلى وما اذا كان هذا الاجراء يتصل بأى شكل بالموضوع أم لا. فاذا ما وجد أنه يوجد اجراء، وأن الاجراء هذا يتصل بالموضوع، فعليه بعد ذلك أن يحدد نطاق هذه الصلة بالموضوع. لأن هذه الصلة يجب أن تتمثل فى التمسك بطلب أو دفاع يعتبر دخولا فى موضوع القضية بالمعنى الصحيح، سواد انصرفت ارادة الخصم الى ذلك أم لم تنصرف.

فاذا ما انتهى القاضى من تقديره الى أن الخصم قد تكلم فى الموضوع فانه يترتب تكييف السقوط على فقدان الخصم لحقه فى التمسك بالدفوع الشكلى.

٣٦٧- ٢ - تقدير اثارة القاضى من تلقاء نفسه للدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام.

فى الأحوال التى لا يوجد فيها نص صريح أو ضمنى على اعتبار مسألة ما متعلقة بالنظام العام، يقع على عاتق القاضى سلطة تقدير مدى تعلق هذه المسألة بالنظام العام. وتعلق دفع من الدفوع الشكلية بالنظام العام يثير أول ما يثير مسألة وجود مجموع واقعى يوجد أساسا لهذا الدفع، ويكون هذا الواقع متعلقا بالنظام العام.

فمثلا اذا طرح نزاع على محكمة لا تختص به وظيفيا أو قيميا أو نوعيا، أو محليا فى الحالات التى يتعلق فيها الاختصاص المحلى بالنظام العام كاختصاص محاكم الطعن، فان طرح هذا النزاع يتضمن فى واقع الأمر المجموع الواقعى الذى يخدم كأساس لدفع شكلى بعدم الاختصاص يتعلق بالنظام العام.

---

(١) فتحى والى، ص ٥٣٩/ ابراهيم سعد، ص ٦٤٤ وما بعدها/ أبو الوفا، الدفوع، ص ١٧٢ وما بعدها.

فاذا لم يتمسك أحد من الخصوم بعدم الاختصاص هذا، كان على القاضى اثارة هذا الدفع منتلقاء نفسه، وهو فى الوقاع لا يحكم بما لم يطلبه لاخصوم، فالخصوم يطلبون الحكم فى نزاعهم من محكمة مختصة. واذا طرح النزاع على محكمة غير مختصة، فان هذا لا يتمشى مع ارادة هؤلاء الخصوم، وهو اذ يثير عدم الاختصاص من تلقاء نفسه بناء على تقديره بأن هذه المسألة تتعلق بالنظام العام، فانه يستجيب لأوامر القانون، ولرغبات الخصوم فى وقت واحد.

وبناء على ذلك فيجب أن يجد الدفع الشكلى المتعلق بالنظام العام أساسه فى مجموع الوقائع المطروح على المحكمة، ولا يجوز لهذه الأخيرة أن تضيف وقائع من عندها تمكنها من الحكم فى المسألة المتعلقة بالنظام العام[1].

٣٦٨ – ٣ – تقدير القاضى للدفع بالاحالة.

الدفع بالاحالة له صور متعددة، منها ما يقع فى نطاق القانون الداخلى، ومنها ما يقع فى نطاق القانون الدولى الخاص. ولسنا فى مجال دراسة الدفع بالاحالة بصورة شاملة، بل نحن ندرس سلطة القاضى التقديرية فى هذا النطاق فقط. وحتى هذه الدراسة سوف تنحصر أكثر وأكثر فى الحدود التى تهمنا لابراز سلطة القاضى التقديرية فى هذا النطاق.

وعلى ذلك ندرس الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين من زاوية ضرورة أن تكون القضيتان دعوى واحدة.

وفيما يتعلق بالدفع بالاحالة للارتباط ندرس فقط معنى الارتباط المولد لهذا الدفع.

ونترك جانبا الاحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص والاحالة بمقتضى المادة ٤٦ من قانون المرافعات حيث سبقت لنا دراسة هذه المسائل فى بداية هذا الفصل.

---

(١) أبو الوفا. الدفوع. ص ٧٥٠/ ابراهيم سعد. المرجع السابق. ص ٦٤٩/ فتحى والى. الوسيط. ص ٥٤٢.

ثم بعد ذلك نتعرض لدراسة الدفع بالاحالة فى نطاق القانون الدولى الخاص بهدف ابراز السلطة التقديرية لاتى يتمتع بها القاضى فى هذا المجال.

٣٦٩- أولا: الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين.

تنص الفقرة الأولى من المادة ١١٢ من قانون المرافعات لعى أنه: «اذا رفع النزاع ذاته الى محكمتين وجب ابداء الدفع بالاحالة أمام المحكمة التى رفع اليها النزاع أخيرا للحكم فيه».

هذا هو الدفع الشكلى بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين. ويهمنا هنا ابراز سلطة القاضى التقديرية ازاء هذا الدفع. ويشترط لاعمال هذا النص توافر الشروط الآتية:

١- أن تكون القضيتان دعوى واحدة بالمعنى الصحيح.

٢- أن تكون الدعويان قائمتين بالفعل أمام محكمتين.

٣- أن تتبع كل من المحكمتين جهة القضاء العادى.

٤- أن تكون كلا المحكمتين مختصة من جميع الوجوه بالدعوى.

وفيما يتعلق بالشرط الأول الذى يهمنا، فان القاضى له مطلق السلطة التقديرية فى تقدير معنى كون الدعويان دعوى واحدة. ويتم ذلك عن طريق بحث الوقائع المكونة لموضوع وسبب الدعويين. فاذا كان موضوع الأولى هو طلب ملكية عقار معين وجب أن يكون موضوع الثانية المطالبة بذات الشيء، كما يجب أن يتحد محل الحق فى كلا الدعويان.

واذا لم يكن مقدار المطلوب واحدا فى الدعويين فيكفى أن يجمعهما قدر مشترك، بمعنى أنه يكفى أن يكون المطلوب فى احداهما هو شق من المطلوب فى لاثانية بشرط اتحاد السبب فى الدعويين.

وبالنسبة لسب الادعاء فيجب أن يكون واحدا فى الدعويين. أى أنه يجب أن يتحد المجموع الواقعى لامولد للحق المدعى به فى كلا الدعويين، فاذا اختلف من دعوى الى آخرى لم نكن ازاء دعوى واحدة، وبالتالى لا يقبل الدفع بالاحالة.

وبالنسبة للخصوم، فانه يشترط لقبول الدفع بالاحالة اتحاد الخصوم في كلا الدعويين، ويقصد بذلك اتحادهم قانونا لا طبيعة. فمن الجائز أن ترفع دعويان فى وقت واحد احدهما يطالب فيها أب بحق لابنه بصفته وليا عليه، والثانية يطالب فيها بذات الحق بصفته أصيلا، فى مثل هذا الفرض لا تجوز الاحالة لقيام ذات النزاع فى هذا الصدد، وان كانت الاحالة للارتباط جائزة.

كما أن الاحالة تجوز فى مثل هذه الحالات اذا كان المطلوب فى احدى الدعويين هو جزء من المطلوب فى الأخرى بشرط اتحاد السبب والخصوم فى المسألتين[1].

٣٧٠- ولقاضى الموضوع السلطة التقديرية التامة فى استخلاص ما يراد استخلاصه من وقائع الدعوى، للتحقق من اتحاد الموضوع والسبب والخصوم فى كل من الدعويين.

واذ أردنا النظر من قرب للعمل التقديرى الذى يقوم به القاضى لهذا الدفع بالاحالة، فاننا نقول أن هذا الدفع حينما يوجه فانه ينى على مجموعة من الوقائع المولدة للحق فى الدفع.

هذه الوقائع تشمل بالضرورة مفترضات الاحالة.

ويقوم القانون من جهة أخرى بتنظيم هذا الدفع وتحديد اثاره. ولكى يقوم القاضى بارساء التكييف القانونى السليم لهذا الدفع فعليه أولا اجراء مقارنة بين وقائع الدفع وفرض القاعدة القانونية المنظمة له.

ولن تتم هذه المقارنة الا بخوض القاضى فى المراكز القانونية الموضوعية للخصوم أولا، وذلك للتحقق من أن الأمر المطروح عليه يتعلق بدعوى واحدة. وبناء على ذها البحث يترك القاضى التكييف القانونى، ويعمل حكم القاعدة القانونية الاجرائية، ويترتب على هذا الاعمال توليد العديد من الآثار الاجرائية. مثل وجوب الاحالة، والتزام المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها.

ويلاحظ أن تعرض المحكمة لموضوع وسبب الدعوى لتقدير مسألة قبول

---

(١) أبو الوفا، الدفوع، ص ٢٢٧ الى ٢٣٤/ رمزى سيف، الوسيط، ص ٣٩٩/ العشماوى، جـ٢، ص ٧٥٩.

الدفع بالاحالة لا يعتبر فصلا فى الموضوع بأى وجه من الوجوه، بل هو فحص سطحى لازم لتقدير مسألة قبول أو عدم قبول الدفع بالإحالة.

٣٧١- ٢ - الدفع بالاحالة للارتباط.

سبق لنا دراسة فكراة الارتباط عندما درسنا الطلبات المرتبطة، ونعود الآن لدراستها مرة ثانية بصدد الدفع الشكلى بالاحالة لقيام الارتباط.

تنص المادة ٢/١١٢ من قانون المرافعات على أنه: «اذا دفع بالاحالة للارتباط جاز ابداء الدفع أمام أى من المحكمتين».

ويشترط لاعمال هذا النص الآتى:

١- يترط توافر الارتباط بين الدعويين.

٢- تبعية المحكمة المطلوب الاحالة منها واليها الى جهة القضاء العادى.

٣- أن تكون المحكمتان من درجة واحدة.

٤- أن تكون المحكمتان مختصتين بنظر الدعوى من كل الوجوه.

ويقوم القاضى بتقدير عنصر الارتباط، ويقتضى ذلك بحث فى المراكز الموضوعية للخصوم، يتم ذلك عن طريق بحث موضوع وسبب الدعويين لضبط قيام فكرة الارتباط. فالدعوى التى ترفع للمطالبة بتنفيذ عقد، والدعوى التى ترفع للمطالبة ببطلان أو فسخ ذات العقد يجمعهما رباط وثيق يجعل من المناسب جمعهما معا أمام محكمة واحدة، حتى لا تصدر فيهما أحكام متعارضة يصعب أو يستحيل تنفيذها.

ومثال ذلك أيضا دعوى استرداد الحيازة، ودعوى التعويض عن الضرر المترتب على فعل الصب الواقع على الحيازة. ودعوى الضمان والدعوى المترتب عليها الالتزام بالضمان ودعويا الفسخ اللتان يرفعهما كل من العاقدين على الآخر بسبب عدم الوفاء بالتزاماته. ودعوى الموكل على وكيله برد المستندات التى سلمها اليه بمناسبة التوكيل، ودعوى الوكيل بطلب مصاريفه وأتعابه.

والارتباط قد يقبل أو لا يقبل التجزئة، والذى يحدد ذلك هى المراكز الموضوعية للخصوم. وذلك يؤثر - اذا لم يتم نظر الدعويين أمام محكمة

واحدة والفصل فيهما بحكم واحد – على الاحكام الصادرة، وعلى امكانية الطعن فيها وتنفيذها تنفيذا جبريا.

هذا هو التقدير الذى يقوم به القاضى لفكرة الارتباط، وهو لازم لقبول الدفع بالاحالة، وتوليد كافة الآثار المترتبة على ذلك(١).

٣٧٢ – ٣ – الدفع بالاحالة فى نطاق القانون الدولى الخاص، وسلطة القاضى التقديرية ازاءه(٢).

لسنا هنا فى مقام الدراسة التفصيلية لهذا الموضوع، فمحل ذلك هو الدراسات المتخصصة، ومع ذلك فان الاعتراف بامكانية قبول الدفع بالاحالة الى محكمة أجنبية، وذلك فى الأحوال التى ترفع فيها الدعوى أمام القاضى الوطنى، وترفع ذات الدعوى مرة ثانية أمام القاضى الأجنبى قد مرت بتطور طويل. وكان الاتجاه التقليدى يرفض بشدة مبدأ قبول الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، وذلك على أساس اعتبارات مستمدة من سيادة الدولة باعتبار أن القضاء مظهر لهذه السيادة. وكان يستثنى من ذلك الحالات التى توجد فيها معاهدات دولية تسمح بهذه الاحالة(٣).

ثم بعد ذلك ظهرت العديد من المحاولات التى تهدف الى الاعتراف بقبول الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع فى نطاق القانون الدولى الخاص، وكانت هذه المحاولات تعتمد بصفة أساسية على أمرين:

١ – أنه لا يوجد من الاعتبارات الفنية ما يمنع من الاعتراف بقبول هذا الدفع فى النطاق الدولية.

٢ – أن اعتبارات الملاءمة فى المعاملات الدولية تسمح بقبول هذا الدفع، لأن العبرة هى بقوة نفاذ الحكم الصادر فى الدعوى.

---

(١) أبو الوفا، الدفوع، ص ٣٥٨.

(٢) ماهر السداوى: الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، دراسة مقارنة فى القانون الدولى الخاص المصرى والفرنسى ١٩٨٤ على الآلة الكاتبة، بحث يقع فى ٣٤٨ صفحة.

(٣) أبو الوفا، الدفوع، ص ٢٣٨.

وبناء عل ذلك ظهر اتجاه حديث يرى بقبول الدفع بالاحالة فى نطاق القانون الدولى الخاص قبولا غير مشروط بأى شرط الا الشروط المتعارف عليها فى لاقانون الداخلى لقبول هذا الدفع[1].

ويتولى القاضى المقدم اليه الدفع الفصل فيه بعد بحث الشروط الواجب توافرها لقبوله والسابق لنا دراستها فيما مضى.

وبالاضافة الى ذلك على المحكمة المقدم اليها الدفع أن تتحقق من الاختصاص الدولى للمحكمة المطلوب الاحالة اليها.

٣٧٣- وفيما يتعلق بتقدير المحكمة للدفع بعدم القبول فاننا نحيل الى ما سبق دراسته فى تقدير القاضى لشروط قبول الادعاء السابق دراسته فى المبحث الأول من هذا الفصل.

لأنه فى كل حالة من الحالات التى لا تتوافر فيها شروط القبول التى يتم تقديرها بواسطة القاضى كما سبق البيان يتعين عليه الحكم بعدم القبول سواء منتلقاء نفسه اذا تعلق الأمر بالنظام العام أو بناء على طلب الخصوم.

وننتقل الآن الى المطلب الثانى من هذا المبحث لندرس كيفية قيام القاضى بتقدير مبررات شطب الدعوى.

المطلب الثانى

تقدير القاضي لمبررات شطب الدعوى

٣٧٤- تنص المادة ١/٨٢ من قانون المرافعات على أنه: «اذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه حكمت المحكمة فى الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها، والا قررت شطبها ...».

اذا ما تأكدت المحكمة من صحة اعلان المدعى عليه، فانها تحكم فى الدعوى وفقا للمادة ٨٢، وذلك اذا كانت الدعوى صالحة للحكم فيها. ويقصد بصلاحية الدعوى للحكم فيها أن يكون جميع الخصوم قد أبدوا أقوالهم

---

(١) ماهر السداوى، البحث السابق، ص ١٧٣.

وطلباتهم ودفوعهم وأوجه دفاعهم المختلفة. ويتمام ذلك - وفقا لتقدير المحكمة - تكون الدعوى صالحة للحكم فيها[1].

أما اذا قضت المحكمة فى الدعوى على أساس ما قدمه المدعى فقط من مذكرات ومستندات، فان حكمها يكون مبنيا على اجراءات باطلة، هذا ولو كان المدعى عليه قد أعلن لشخصه.

أما اذا كان المدعى عليه قد أودع مذكرة بدفاعه قلم الكتاب عملا بالمادة ٢/٦٥ مشفوعة بمستنداته، دون المدعى، جاز مع ذلك الحكم فى الدعوى اذا كانت صالحة للحكم فيها. وذلك على تقدير أن صحيفة الدعوى تتضمن أقوال المدعى وطلباته، ولا يلومن الا نفسه اذا لم يكن قد اطلع على دفاع خصمه، أو كان قد اطلع عليه ومع ذلك تخلف عن الحضور فى الجلسة المحددة لنظر دعواه، فعندئذ يعتبر دفاع المدعى عليه قد اتخذ فى مواجهته.

وعلى ذلك فنص المادة ١/٨٢ من قانون المرافعات يفترض قيام القاضى بتقدير مدى صلاحية الدعوى للفصل فيها بحكم حاسم لموضوع الدعوى.

أو لمسألة متفرعة عنه. ويقصد بذلك أن يقوم القاضى منتلقاء نفسه بتقدير مسألة اختصاصه فى الأحوال التى يجب عليه فيها القيام بذلك من تلقاء نفسه. ويقوم أيضا بتقدير مسألة قبول الادعاء لمعرفة ما اذا كان مقبولا أم لا. ويقوم أخيرا بتقدير مدى صلاحية الدعوى، من حيث قابلية المراكز الموضوعية المتنازع عليها لتلقى حكم فيها، للفصل فيها.

٣٧٥- ويقتضى ذلك منه التصدى لبحث المسألة الأساسية المطروحة عليه، بما فيها منحقوق متنازع عليها موضوعيا، أو بما فيها من طلبات مستعجلة أو وقتية، وفقا لما قدمه الخصوم من وقائع، وما يراه محتملا التطبيق عليها من مسائل القانون. وينتهى من عمله هذا باعطاء التكييف

---

(١) أبو الوفا، التعليق، ص ٢٥٨/ وجدى راغب، مبادئ، ص ٣١٧/ أبو الوفا، الأحكام، ص٤٠٧/ رمزى سيف، الوسيط، ص ٤٥٤/ فتحى والى، الوسيط، ص ٦٣٢/ أنور العمروسى، أصول المرافعات، ص ٤١٥.

القانونى الذى يرى ضرورة اعماله على النزاع، واعمال حكم القانون فى هذه الحالة.

واعتابر الدعوى صالحة للحكم فيها هو مسألة تقديرية متروكة لسلطة المحكمة التقديرية المطلقة، واعمال هذا التقدير يتوقف على توافر عناصر الدعوى وتكوين الرأى القضائى فيها[1].

وعند عدم توافر المقتضيات اللازمة لاعتبار الدعوى صالحة للحكم فيها عند عدم حضور المدعى أو المدعى عليه، سواء كانا منفردين، أو متعددين يتعين على المحكمة وجوبا، اذا ما تأكدت من صحة اعلان المدعى عليه، أن تحكم بشطب الدعوى.

اذا عدم صلاحية الدعوى للفصل فيها حينما تقترن بغياب جميع الخصوم الذين تم اعلانهم بشكل صحيح يستوجب حتما الحكم بالشطب.

فعدم الحضور اذ يضاف اليه بحث تقديرى تقوم به المحكمة لموضوع النزاع لمعرفة صلاحيته للفصل فيه، يؤدى الى ترتيب أثر اجرائى هو الشطب الذى تلتزم المحكمة باعماله بموجب المادة ٨٢، مما قد يرتب اثارا موضوعية تؤثر فى أصل الحق ذاته. لأنه اذا لم تعجل الدعوى المشطوبة خلال زمن معين فانها تعتبر كأن لم تكن. وهذا الاعتبار قد يؤثر على ذات الحق الموضوعى كما نعرف.

مثال ذلك أن يكون الحق المتنازع لعيه مما ينقضى بالتقادم. وقبل مام المدة رفعت الدعوى. ثم حكم بشطبها وفقا للمادة ١/٨٢، واستمرت مشطوبة المدة التى حددها لاقانون، ولم تعجل حتى انقضت هذه المدة، فنص القانون واضح فى اعتبار الدعوى كأن لم تكن بقوة القانون. فاذا عجلها المدعى بعد الميعاد جاز لخصمه التمسك باعتبارها كأن لم تكن، وكذلك جاز للمدعى عليه تعجيلها بعد الميعاد ويتمسك باعتبارها كأن لم تكن.

مؤدى اعتبار الدعوى كأن لم تكن يؤدى الى جعل التقادم، الذى انقطع برفع الدعوى، وكأنه لم ينقطع من الأصل. فاذا فرضنا أن المدة الباقية تستكمل بالمدة التالية للشطب وحتى التمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

(١) وجدى راغب. مبادئ. ص ٣١٨.

فهنا نرى أن الشطب يرتب بطريق غير مباشر فعالية لنظام قانونى موضوعى هو التقادم.

٣٧٦- والشطب وفقا للمادة ١/٨٢ من قانون الرافعات يؤدى الى تهيئة ادعوى لبحث العديد من المسائل الموضوعية المتعلقة بموضوع الادعاء، غير ما سبق شرحه.

مثال ذلك، فى الحالة التى يتعدد فيها المدعون، فاذا حكم بشطب الدعوى لغياب الخصوم، وتم تعجيل الدعوى من أحد المدعين فقط فى الميعاد المقرر، ولم يعجلها غيره من المدعين، فالسؤال هو:

هل يستطيع المدعى عليه أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة لمن لم يعجل الدعوى من المدعين فى الميعاد المقرر؟

فى مثل هذا الفرض يرى الفقه[1]، أنه يجب الرجوع أولا الى طبيعة الدعوى ومدى قابليتها للتجزئة من حيث الموضوع. فان لم يكن موضوع الدعوى يقبل التجزئة بحسب طبيعته أو بنص فى لاقانون، فانه لا يجوز للمدعى عليه أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن عملا بقاعدة أن الخصم قد يستفيد من عمل قام به أحد زملائه ولكنه لا يضار منه[2].

والواقع أننا نرى أن أساس ذلك لا يكمن فى تلك القاعدة التى تقوم على فكرة افتراض النيابة، وانما يستند هذا الحل فى رأينا على ذات فكرة عدم التجزئة وما تثيره من مشاكل خاصة بصدور أحكام متعارضة مما يؤدى الى مشاكل تثار بصدد الطعن والتنفيذ الجبرى[3].

ومن جهة أخرى فاذا كان موضوع الدعوى يقبل التجزئة جاز للمدعى عليه أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن فى مواجهة من لم يعجل الدعوى فى الميعاد.

أما اذا تعدد المدعى عليهم، وحكم بشطب الدعوى لغياب الخصوم، ثم

---

(١) ابراهيم سعد، الجزء الثانى، ص ٦٤/ أحمد مسلم، زصول المرافعات، ص ٥٢٧.

(٢) رمزى سيف، الوسيط، ص ٥٤٧.

(٣) نبيل عمر، الطعن بالاستئناف واجرائاته، ص ٥٤٠.

- نبيل عمر، الطعن بالتماس اعادة النظر، ص ٢٣٠.

قام المدعى بتعجيل الدعوى بالنسبة لأحد المدعى عليهم دون الآخرين، فانه يجب الرجوع أيضا الى معيار قابلية الدعوى للتجزئة من عدمه. فان كان تقبل التجزئة جاز لباقى المدعى عليهم أن يتمسكوا باعتبار الدعوى. كأن لم تكن. أما اذا كان موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة فانه يجوز لكل المدعى عليهم التمسك – كما يرى البعض – باعتبار الدعوى كأن لم تكن(١).

ومؤدى هذا الرأى، أن منعجلت الدعوى فى مواجهته من المدعى عليهم يستطيع هو أيضا أن يتمسك باعتبار الدعوى كأن لم تكن، رغم أن المدعى قد قام بالتعجيل فى مواجهته فى الميعاد. ويبرر أنصار هذا الرأى فكرتهم هذه على أساس النيابة فيما ينفع دون ما يضر.

ومعنى ذلك فى رأينا هو استفادة المدعى عليه الذى عجلت الدعوى فى مواجهته من أثر قانونى ترتب لمصلحة غيره، وهم المدعى عليهم الآخرين الذين لم تعجل الدعوى فى مواجهتهم فى الميعاد. والواقع أنه يتصور ذلك نظريا بناء على فكرة عدم التجزئة. ولكن يخفف من ذلك قيام المحكمة أوالخصوم بادخال أو اختصام باقى المدعى عليهم فى الخصومة التى لا تقبل التجزئة، وهنا يظهر مدى اهدار أثر قانونى ترتب بقوة القانون، وهو اعتبار الخصومة كأن لم تكن، بناء على فكرة عدم التجزئة.

لأنه من غير المقبول أن يتمسك الخصم الذى عجلت الدعوى فى الميعاد فى مواجهته باعتبارها كأن لم تكن، لأن هذا الأثر لم يقع نتيجة التعجيل.

وبما أن الخصومة لا تقبل التجزئة من حيث الموضوع، فلا يقبل بسهولة اعتبارها كأن لم تكن بالنسبة لمن لم تعجل فى مواجهته، وبالتالى يتحتم الالتجا الى فكرة الادخال أو الاختصام أو التدخل بالنسبة لباقى المدعى عليهم، واهدار الأثر القانونى الذى أدى الى اعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة لهم.

قد يكون هناك شذوذ فى هذا الحل، ولكن اعتبارات الملاءمة النابعة من الصعوبات العملية التى تثيرها فكرة عدم التجزئة هى التى قد تملى هذه الحلول.

---

(١) ابراهيم سعد، ص ٦٥ هامش (١)/ أبو الوفا، الأحكام، ص ٤٠٩ الى ٤١١.

شطب الدعوى اذا بما يحمله من سلطة تقديرية للقاضى يثير العديد من النقاط الموضوعية التى يجب على القاضى تقديرها لاعمال هذا الاجراء، أولبحث نطاق الآثار التى تتولد عنه.

وهذا ما يدعم وجهة نظرنا التى لا نمل من الاشارة اليها من أن كل قاعدة اجرائية مرتبطة فى اعمالها وآثارها بالقواعد الموضوعية.

المطلب الثالث

تقدير القاضي لأدلة الاثبات

٣٧٦ مكرر – يهمنا فى هذا المقام بيان سلطة القاضى التقديرية ازاء أدلة الاثبت المقدمة اليه أثناء نظر خصومة قائمة أمامه، ودراستنا هنا قاصرة على هذه الجزئية فقط. وبالطبع ليس هنا مجال استعراض جميع أدلة الاثبات بقصد بيان هذه السلطة، بل نحن نقصر هذه الدراسة على موضوعين اثنين فقط:

الأول: هو سلطة القاضى ازاء الاثبات بالكتابة.

الثانى: هو سلطة القاضى التقديرية ازاء الاثبات بشهادة الشهود.

سبق لنا فيما مضى استعراض ضرورة أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا قبولها. ولن نعود الى شرح ذلك مرة ثانية.

وعلى القاضى أن يحترم القواعد الموضوعية فى الاثبات، أى تلك التى تحدد طرق الاثبات والأحوال التى يجوز فيها سلوك كل طريق منها، والشروط اللازمة لقبول الاثبات به، وقوة الدليل المستفاد منه والخصم المكلف بذلك.

وبناء على ذلك، فاذا كان قاضى الدعوى حرا فى تقدير أدلة الخصوم، وفى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى منها، فانه ليس حرا فى عدم اتباع ما جاد به القانونى المدنى، أو القانون الموضوعى على وجه العموم، من قواعد اثبات موضوعية.

بل ينبغى عليه أن يتقيد بها بأخذها عن القانون أخذا صحيحا، فان

خالفها أو أخطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها فسد رأيه فى فهم الواقع فى الدعوى من ناحية، واعتبر مخطئا فى تطبيق القانون من ناحية أخرى، ويسرى الفساد بالتالى الى تكييف الوقائع الى الحكم برمته[1].

وسنرى كل ذلك من خلال استعراض سلطة القاضى التقديرية ازاء الاثبات بالكتابة وشهادة الشهود.

٣٧٧- تنص المادة ١/٦٠ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على القاعدة العامة فى الاثبات بالكتابة. هذه القاعدة هى وجود الاثبات بالكتابة فى التصرفات القانونية التى تجاوز قيمتها عشرين جنيها. ويشمل وجود الاثبات بالكتابة فى هذه الأحوال جميع أركان التصرف وهى الرضا والمحل والسبب، لأن الرضا لا يقوم بغير محله وسببه.

وحينما يتصدى لاقاضى لاعمال هذه القاعدة فان سلطته التقديرية تقع على شروط انطباقها. وهذه الشروط هى:

١- أن يكون محل الاثبات تصرفا، أى عملا قانونيا.

٢- أن يكون هذا التصرف مدنيا.

٣- أن يكون محله مما تجاوز قيمته عشرين جنيها أو يكون غير مقدر القيمة.

واذا ما جردنا المسألة محل البحث من أشكالها الاجرائية، وتطرقنا الى بحث مجرد فى سلطة القاضى التقديرية فى نطاق القاعدة التى سبقت الاشارة اليها، فاننا نقول:

٣٧٨- فيبدأ القاضى بتقدير كون محل العمل المراد اثباته هو تصرف قانونى. فلا تسرى قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة على الأفعال المادية كالفعل لاضار، والفعل النافع ووضع اليد[2]. والقاعدة تسرى على العقود

---

(١) أحمد نشأت، الاثبات، ط ١٩٧٢، جـ ١، وجـ ٢، ص ٥٠.

- أبو الوفا، الاثبات، ط ١٩٧٨، ص ٤٤/ السنهورى، الوجيز، جـ ١، ص ٥٢٥/ سليمان مرقص، فى طرق الإثبات جـ ٤، ص ١٠ وما بعدها.

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٣٧٤/ محمد عبداللطيف، قانون الاثبات، جـ ٢، ص ٢٦٧ / ادوارد عيد، قواعد الاثبات فى القانون اللبنانى، جـ ٢، ص ٥٧.

وسائر الاتفاقات كالبيع والقرض والابراء سواء كان الغرض منها هو انشاء الالتزامات أو التعديل فيها أو فى أو صافها أو نقلها أو قضائها[١].

وكذلك تسرى القاعدة على الأعمال القانونية التى تتم بارادة واحدة، والفقه والقضاء مستقر فى مصر على ذلك[٢]. مثال ذلك الاقرار، والاجازة، والتفريض، والنزول عن حق الشفعة أو عن أى حق آخر.

وعلى القاضى أن يلاحظ أن اذا كان التصرف قد انعقد بارادة ضمنية أوبارادتين ضمنيتين، فان اثبات الارادتين ضمنيتين، فان اثبات الارادة الضمنية لا يشترط فيه الكتابة. لأن الاثبات فى هذه الحالة يرد مباشرة على وقائع مادية يراد استنباط الارادة منها، وبالتالى يجوز اثباته بكافة الطرق. مثال ذلك تجديد عقد الايجار تجديدا ضمنيا، والوكالة الضمنية فانه يجوز اثباتهما بالبينة والقرائن[٣].

وعلى القاضى اعمال القاعدة العامة فى الاثبات بالكتابة متى توافرت الشروط الثلاثة اللازمة لاعمال هذه القاعدة حسب ما يقوم هو بتقديره. وذلك سواد فى الدعاوى المدنية أو فى الدعاوى الجنائية. فاذا ر فعت الدعوى العمومية بتهمة خيانة الأمانة وجب أن يثبت بالكتابة عقد الوكالة أو الوديعة الذى سلم بموجبه الشيء المبدد الى المتهم متى كانت قيمة ذلك الشيء جاوز عشرين جنيها[٤].

أما اذا كان المراد اثباته فلا ماديا، جاز اثباته بالبينة ولو كان يعتبر اخلالا بالتزام تعاقدى[٥].

---

(١) حسين عبدالمؤمن، الاثبات، جـ ٢، ص ٣٩٨.

(٢) محمد عبداللطيف، قانون الاثبات، جـ ١ - ١٩٧٠، ص ٢٦٨.

(٣) دمياط الجزئية ٧/ ١٢/ ١٩٣٢، المجاماة، س ١٣، ص ٢٣١/ نقض مدنى ٨/ ٦/ ١٩٤٤ مجموعة القواعد، جـ ٤، ص ١٤٦/ نقض مدنى ١٥/ ٢/ ١٩٦٢ مجموعة النقض، س ١٢، ص ٣٦/ محمد على عرفة، عقد التأمين، ص ٣٦١.

(٤) أحمد نشأت، الاثبات، ط ٧، ص ٣٢٠/ نقض مدنى ٢٩/ ٢/ ١٩٤٠ المحاماة، س ٢٠، ص ١١٣٧/ نقض جنائى ٤/ ٦/ ١٩٤٥ المحاماة، س ٢٧، ص ٣٠٥/ نقض مدنى ٣/ / ١٩٦٥ مجموعة النقضس ١٦، ص ١٠٩/ نقض مدنى ١/ ٥/ ١٩٤٧، المحاماة، س ٢٨، ص ٢٥٥.

(٥) نقض مدنى ٢٩/ ٢/ ١٩٤٠ المحاماة، س ٢٠، ص ١١٣٧.

٣٧٩- ويجب على القاضى من جهة أخرى تقدير طبيعة التصرف المراد اثباته بالكتابة ونوعه وما اذا كان تصرفا مدنيا، أم تصرفا تجاريا، أم تصرفا مختلطا. لأنه يشترط لتطبيق القاعدة العامة فى الاثبات بالكتابة أن يكون التصرف المراد اثبات تصرفا مدنيا. اذ أن الأعمال التجارية قد أجاز المشرع للقاضى أن يقبل اثباتها بالبيئة مهما بلغت قيمتها. وقد حدد القانون ما يعتبر عملا تجاريا، وما عدا ذلك فهو مدنى يجب اثباته بالكتابة فيما جاوز عشرين جنيها[١].

٣٨٠- ويتولى القاضى أيضا تقدير قيمة محل الالتزام، فاذا كانت هذه القيمة غير مقدرة فان المشرع يعتبر قيمة محل التصرف تزيد على عشرين جنيها. ومثال ذلك وديعة دبلوم علمية، أو شهادة طبية أو أية مستندات أخرى، ولو كانت هذه المستندات متعلقة مباشرة بما لا يجاوز عشرين جنيها، اذ يمكن أن تكون لها فائدة فى اثبات حوقو أخرى كقطع التقادم، أو اثبات شركة أو ملكية[٢].

ويتم تقدير القاضى لقيمة محل الاثبات باعتبار قيمته وقت صدور التصرف (مادة ٦٠/٢ اثبات). فاذا كان محل الالتزام نقودا قدرت قيمته بمقدارها العددى،واذا كان نقدا أجنبيا قدرت قيمته بسعر ذلك النقد بالعملة الوطنية وقت صدور التصرف[٣].

واذا كان محل الالتزام غير مبلغ من النقود، ولم يكن مقدرا فى الاتفاق بنقود، قام القاضى بتقدير قيمته وقت صدور التصرف أيضا لا وقت المطالبة وله الاستعانة برأى أهل الخبرة. ولا عبرة بتحديد المدعى فى عريضة الدعوى، اذ لا عبرة بهذا التحديد اذا كان لا يجاوز نصاب البينة وكان لا يسلم به المدعى عليه. والعبرة فى كل ذلك ليست بقيمة المحل الذى يرد عليه الالتزام، بل بقيمة ما يبقى فى ذمة الملتزم وقت التزامه.

(١) نقض مدنى ٦/ ٥/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ٧٣٢.
(٢) محمد عبداللطيف، الاثبات، جـ ١، ص ٢٧٥/ حسين المومن، الاثبات، ص ٤٠١.
(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٣٧٩.

ومن جهة أخرى يراعى القاضى فى تقديره لقيمة الالتزام المراد اثباته الأحوال التى تزيد فيها قيمة هذا الالتزام على نصاب الاثبات بالشهادة، وذلك فى الأحوال التى تعود فيها هذه الزيادة لاى اضافة الفوائد أوالمصروفات أو الملحقات الى الأصل(١).

ويترتب على قاعدة وجوب تقدير قيمة التعهد وقت انعقاد التصرف أنه لا يجوز للمدعى أن يجزئ قيمة التعهد، وأن يقصر طلباته على قيمة أقل من عشرين جنيها رغبة منه فى التخلص من وجوب الاثبات بالكتابة.

فاذا كانت قيمة الدى تجاوز عشرينه جنيها وجب على المدعى أن يثبت دعواه بالكتابة، ولو قصر لامطالبة لعى ما لا يجاوز نطاق البينة.

واذا تعددت لاديون بين الخصوم أنفسهم واختلفت مصادر كل دين من هذه الديون، جاز الاثبات بالبينة طالما لا يصل مقدار كل دين على حده الى نصاب الاثبات بالكتابة، ولو كان مجموع هذه الديون يصل أو يجاوز نصاب الاثبات بالكتابة.

ومع ذلك فيجوز للمدعى عليه أن يدفع طلب المدعى الاثبات بالشهادة بأن يثبت أن حقيقة الديون المطالب بها أنها ناشئة من مصدر واحد، وأن المدعى جزأها وزعم نشوءها من مصادر متعددة كى يسمح له باثباتها بالبينة. ويكون للمدعى عليه أن يثبت ذلك بكافة الطرق، وبخاصة بالقرائن القضائية، لأن ما يريد اثباته هو احتيال المدعى على القانون(٢).

٣٨١- ومن جهة أخرى فالقاعدة هى أنه لا يجوز اثبات ما يخالف الكتابة الا بالكتابة. ويشترط لاعمال هذه القاعدة توافر الشروط التالية:

١- أن تكون ثمة كتابة تعتبر دليلا كاملا.

٢- أن يكون العمل القانونى الثابت بهذه الكتابة عملا مدنيا.

٣- أن يكون المراد اثباته أمرا يخالف ما دون الكتابة أو يجاوزه.

ويتولى القاضى تقدير كل عنصر من هذه العناصر اللازم توافرها

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٣٩٠/ أحمد نشأت، ط ٧، ص١٥٠.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٣٩٣.

لاعمال هذه القاعدة. فبالنسبة لضرورة وجود دليل كتابى يشترط وجود ورقة مكتوبة تعتبر دليلا كاملا، مثلا يكفى فى ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة، بل لابد من وجود ورقة رسمية أو ورقة عرفية موقعة.

والقاعدة السابق الاشارة اليها تسرى فقط على الأعمال والتصرفات القانونية المدنية دون التصرفات التجارية. فاذا كان العمل التجارى ثابتا بالكتابة فى غير الحالات التى يوجب القانون فيها ذلك، جاز اثبات ما يخالفه بالبينة.

ومتى كان التصرف مدنيا سرت عليه القاعدة ولو كانت قيمته لا تجاوز عشرين جنيها، والواقع أن أهمية القاعدة السابق بيانها لا تظهر الا فى هذه الحالة، اذ لو كانت قيمة التصرف تجاوز عشرين جنيها لسرت القاعدة الأولى على اثبات ما يخالفه.

ويقدر القاضى أيضا أن الأمر المراد اثباته بخالف أو يجاوز المكتوب، لأنه لا يمتنع الأثبات بالبينة طبقا لهذه القاعدة الا اذا كان موضوع هذا الاثبات أمرا يخالف أو يجاوز ما ثبت بالكتابة. أى اذا كان أمراً يعتبر تكذيبا أو تعديلا للمكتوب أو اضافة اليه[1].

٣٨٢- الاثبات بالشهادة ينصب على الأفعال المادية أو ما عدا التصرفات القانونية من وقائع قانونية، والأعمال التجارية. والتصرفات المدنية التى لا تجاوز قيمتها عشرين جنيها.

واذا تضمنت صحيفة الدعوى عدة فقرات، منها ما تتوافر فيه شروط الاثبات بالكتابة، ومنها ما تتوافر فيه شروط الاثبات بالبينة، تعين على المحكمة أن تستمع الى الشهادة فيما يجوز فيه الشهادة، وأن تكلف المدعى بالدليل الكتابى فيما لا تجوز فيه الشهادة.

والوقائع القانونية نوعان: أفعال مادية، وأعمال قانونية. والعمل القانونى هو اجاه للارادة لاحداث أثار قانونية متى كان اتجاهها وحده كافيا لاحداث هذه الاثار. وما عدا ذلك فهو افعال مادية.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٤٠٠/ محمد عبداللطيف، الاثبات، جـ ١، ص ٣٠٢/ بهجت بدوى، اصول الالتزامات، ص ١٦٧.

والاثبات بالشهادة جائز فى كل واقعة لا تعد فى ذاتها عملا قانونيا، وان ترتبت عليها آثار قانونية، ولو كانت تلك الآثار ثبوت عمل قانونى أو اخلالا بالتزام ناشئ من عمل قانونى[1].

وعلى ذلك فالأفعال الضارة يتم اثباتها بالبينة، ولعى ذلك يقع على عاتق المضرور فى المسئولية التقصيرية اثبات الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما. وكل هذه الأركان هى وقائع مادية يعتبر الأصل فيها جواز الاثبات بالبينة. وكذلك جميع الوقائع المادية التى تكون جرائم جنائية كالتزوير وخيانة الأمانة متى كان عقد الأمانة ثابتا بالطريق القانونى.

والاخلال بالتزام عقدى يعتبر فعلا ماديا يجوز اثباته بالبينة. وكذلك تنفيذ الالتزام العقدى اذا كان محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. اذا كان محله اعطاء شىء فان الوفاء به يكون عملا قانونيا وتسرى عليه قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة فيما يجاوز نصاب البينة.

وقد قررت محكمة النقض أن الدليل لا يتعلق الا بما هو مطلوب اثباته ولا يرتبط بالمسئولية فى ذاتها. فقد تكون المسئولية عقدية كما فى الاخلال بالتعهد بعدم فعل شىء، ومع ذلك يكون الاثبات بشأنها بالبينة والقرائن عندما يرغب المتعهد له اثبات مخالفة المتعهد لتعهده.

وقد تكون المسئولية تقصيرية أو جنائية كما هو الحال فى جريمة خيانة الأمانة، ومع ذلك يكون الاثبات بشأنها بالكتابة بالنسبة للعقد الذى ترتبت عليه الوديعة متى كان الشىء المودع تزيد قيمته على نصاب البينة فى غير الأحوال التجارية.

٣٨٣- والقاضى ازاء أدلة الاثبات مكلف، فى اطار الوقائع التى يدلى بها الخصوم، أن يستخلص الصحيح منها، ملتزما قواعد الاثبات القانونية.

---

(١) أحمد نشأت، ط ٧، ص ٦١١/ السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٣٤١.

- نقض مدنى ١٠/ ٥/ ١٩١٣ المجموعة الرسمية، س ١٤، ص ١٠١/ نقض مدنى ١٧/ ١/ ١٩٢٩ المحاماة، س ٩، ص ٤٤٢/ نقض مدنى ١٧/ ١/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١٠١.

- نقض مدنى ٢٥/ ٥/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١١٠٢.

وكون القاضى ملزما باستخلاص الوقائع الصحيحة فى الدعوى أوجب أن يكون له من تلقاء نفسه أن يحكم باتخاذ ما يراه من اجراءات الاثبات فى حدود المقبول منها قانونا.

فله أن يوجه اليمين المتممة وأن يأمر بحضور الخصوم لاستجوابهم، وأن يأمر بالاثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الثبات بهذا الطريق.

ويكون حكم القاضى قاصر البيان متعينا نقضه اذا لم يكن فيه ما يفيد أن المحكمة قد استنفذت كل ما لها من سلطة التحقيق للتوصل الى كشف الواقع.

والقاضى من جهة أخرى، لا يتقيد بالأدلة والحجج التى يستند اليها خصم الدعوى فى تأييدها أو رفضها، بل هو يملك فى سبيل تكوين اقتناعه السليم أن يأمر بما يرى اجراءه لاثباتها.

٣٨٤- من كل هذا يتضح دور السلطة التقديرية للقاضى فى نطاق تقدير أدلة الاثبات - فأدلة الاثبات المقبولة تتوقف على مضمون الادعاء المطروح أمام القاضى. أى أنه توجد علاقة ارتباط وثيقة بين أدلة الاثبات ووقائع النزاع. ودليل ذلك أن المادة الثانية من قانون الاثبات تنص على أنه: «يجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز قبولها».

فهذه المادة وان كانت تتكلم عن الواقعة المراد اثباتها بالنسبة للدعوى القضائيج، أو بمعنى أدق بالنسبة لمحل الادعاء، الا أنها تشير فى نفس الوقت الى أن أدلة الاثبات التى سوف تقدم فى هذه الدعوى تكون مرتبطة أوثق الارتباط بذات هذه الوقائع.

لهذا يجب على القاضى - فى نطاق تقديره لأدلة الاثبات - أن يقوم أولا بفحص وقائع الادعاء لمعرفة تعلقها بالدعوى، وكونها منتجة فيها، وجائزا قبولها. ثم بعد ذلك يقدر أنسب أدلة الاثبات الواجب على الخصوم تقديمها لاثبات هذه الوقائع. ولا عبرة فى كل ذلك بما يتمسك به أو يقدمه الخصوم. وانما العبرة هى بما تقتضيه ذات وقائع الادعاء.

واذا ما اختار القاضى وحدد دليل الاثبات الواجب تقديمه لتأييد واثبات الادعاء، يترتب على ذلك كافة الآثار القانونية التى يولدها القانون على

الادعاء الذى تم اثباته.

المطلب الرابع

تقدير القاضي لقيام عارض من عوارض الخصومة المدنيـة

٣٨٥- تتعرض الخصومـة المدنيـة للعديد من العوارض التى قد تؤدى الى وقف السير فيها فترة من الزمن، ثم تعود الخصومة لاستئناف السير فيها مرة ثانية كالوقف أو الانقطاع. كما أنه يوجد من العوارض ما يؤدى الى الذهاب بالخـصـومـة كلهـا دون أن تتـاح لهـا الفـرصـة لصـدور حكم فى الموضوع، كالسقوط والتقادم والترك واعتبار الخصومة كزن لم تكن. ودراسة هذه العوارض فى ذاتها محلها المؤلفات العامة والمتخصصة[١].

والذى يهمنا هنا هو بيان سلطة القاضى التقديرية ازاء مختلف عوارض الخصومة، كيف يقوم القاضى بتقدير ملاءمة القول بوجود العارض - حتى فى الأحوال التى ينص فيها القانون على قيام آثار العارض بقوة القانون - وما هى الآثار الاجرائية والموضوعية اللصيقة بهذه السلطة التقديرية.

ودراستنا اذا فى هذا المقام الى حد ما من بحث التعريفات والخصائص والشروط والاجراءات والاثار الخاصة بكل عارض، فهى ليست دراسة عامة، وانما هى دراسة خاصة لسلطة القاضى التقديرية.

٣٨٦- نحن نعرف أن عوارض الخصومة ترد على خصومة ناشئة بالفعل، ومن هذه العوارض وقف الخصومة، وهذا الوقف اما أن يكون وقفا أصليا يرجع مباشرة الى ارادة الخصوم، فهى المصدر المباشر لوقف الخصومة، ويعبر عن ذلك بالوقف الاتفاقى للخصومة.

هذا الوقف يتم عن طريق عمل قانونى مكون من عنصرين:

---

(١) رمزى سيف، الوسيط فى قانون المرافعات/ عبدالباسط جميعى. مبادئ قانون المرافعات/ فتحى والى، الوسيط فى قانون المرافعات/ أبو الوفا، التعليق ، جـ ١ سنة ١٩٧٨/ عبدالعزيز البديوى، بحوث فى قانون المرافعات/ أبو الوفا، المرافعات، ط ١٢ - ١٩٧٨/ وجدى راغب، مبادئ قانون المرافعات.

الأول: هو اتفاق الخصوم على الوقف لمدة محددة.

الثاني: اقرار المحكمة لاتفاقهم[1].

ويقوم القاضى بفحص إتفاق الخصوم لعى الوقف، فهذا الاتفاق يعتبر تصرف قانونى له آثار اجرائية هى الوقف، وهذه حالة من الحالات التى يعتد فيها القانون بارادة الخصوم فى توليد الآثار الاجرائية، كما أن القاضى يبحث أيضا مشروعية الباعث الدافع الى هذا الاتفاق[2].

كما أن القاضى يقدر نطاق هذا الاتفاق من حيث الأطراف أو الخصوم، لأن الوقف يجب أن يتم بناد على اتفاق أطراف الخصومة. واذا تعدد الخصوم، – وهذه مسألة يبحثها القاضى لأن من يعتبر خصما قد يكتنفه بعض الغموض – فيجب أن يتم الاتفاق بين الجميع اذا كان موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة، أما اذا كان الموضوع يقبل التجزئة فلا يوجد ما يمنع تمام التفاق بين البعض دون البعض لآخر من الخصوم[3].

وهنا يتضح أن سلطة القاضى التقديرية تمتد لفحص المراكز القانونية الموضوعية للخصوم، بمناسبة فحص اتفاقهم على وقف الخصومة.

واذا ما قدرت المحكمة أن اتفاق الخصوم صحيح شكلا وموضوعا، فانها تملك كامل السلطة التقديرية فى اقراره وترتيب الوقف، كما أن لها أن تمتنع عن اقراره وترفض الأمر بوقف الخصومة. وهنا قد يرى القاضى وفقا لسلطته التقديرية أن هذا الاتفاق فى هذه المرحلة التى وصلتها الاجراءات لا جدوى منه، أو أن المقصود به هو اطالة أمد النزاع، أو غير ذلك من الأسباب. ومع ذلك فله اذا ما قدر ملاءمة الوقف أن يأمر به مراعاة لاعتبار الخصومة ملكا للخصوم وهم أدرى الناس بمصالحهم الخاصة.

---

(١) عبدالباسط جميعى، مبادئ المرافعات ١٩٧٤، ص ٣٠٧/ أحمد مسلم، أصول المرافعات، ص ٥٣٤.

(٢) وجدى راغب، مبادئ، ص ٣٣٢.

(٣) نبيل عمر، فكرة الخصم، فى الطعن بالتماس اعادة النظر، ط ١، س ١٩٨٣، ص ١٩٤ وما بعدها/ أبو الوفا، المرافعات، ط ١٢، ص ٥٣٣/ رمزى سيف، الوسيط، ص ٥٦٩/ العشماوى، قواعد المرافعات، جـ ٢، ص ٣٧٦.

٣٨٧- ووقف الخصومة قد يكون، من جهة أخرى. ووقفا بالتبعية، ويرجع ذلك لقيام أسباب أجنبية عن المراكز القانونية للخصوم تفرض وقت السير فى الدعوى بالتبعية لقيام هذه الأسباب[١]، وهذا هو الوقت التعليقى لأن استئناف السير فى الخصومة معلق على حل هذه المسألة أو زوال السبب الذى رتب هذا الوقف[٢].

وحالات الوقف بالتبعية قد ينص ليها لاقانون، وقد يترك للقاضى سلطة تقديرها قبل أن يقرر الأمر بوقف الخصومة. فالوقف فى مثل هذه الحالات هو عبارة عن تأجيل الفصل فى الدعوى حتى زوال سبب الوقف[٣].

ففى أحوال الوقف القانونى يرتب القانون على قيام أسباب معينة وقف الخصومة بقوة القانون. فهل معنى ذلك انعدام السلطة التقديرية للقاضى.

مثلا فى أحوال الرد، وأحوال تحديد الجهة القضائية المختصة. ينص القانون لعى أنه بمجرد تقديم طلب الرد توقف الدعوى الأصلية بقوة القانون الى أن يحكم فى هذا الطلب نهائيا.

قد يتصور البعض أنه بمجرد تقديم الطلب الى قلم الكتاب يترتب الوقف بقوة القانون دون أية سلطة تقديرية للقاضى فى هذا الشأن. والواقع أن هذا هو حكم القانون فى هذه المسألة. لأنه بمجرد تقديم تقرير الرد توقف الخصومة بقوة القانون من هذه اللحظة وحتى الفصل فى طلب الرد[٤].

ومع ذلك فنحن نرى عدم منطقية هذا الحل التشريعى، فقد يدعى طالب الرد ما يشاد ضد القاضى المطلوب رده، وقد يصف طلبه بأنه رد للقاضى فى حين أن الواقع يكذب ذلك،. وعلى ذلك فحينما يعمل المشرع الأثر الموقف الحتمى للخصومة بناء على طلب الرد فكأنه بذلك يعتمد أوصاف الخصوم وتكييفاتهم لادعاءاتهم دون مراجعة من جانب القاضى.

فطلب الرد شأنه شأن أى طلب قضائى يخضع لتقدير القاضى لمعرفة

---

(١) ابراهيم سعد، القانونى القضائى الخاص، جـ ٢، ص ١٠٦.

(٢) أحمد مسلم، أصول المرافعات، ص ٥٣٥.

(٣) فتحى والى، الوسيط، ص ٦٤١.

(٤) ابراهيم سعد، الجزء الأول، ص ٢٨٤/ فتحى والى، الوسيط، ص ٢١٨.

شروط قبوله، فاذا توافرت كان مقبولا ومنتجا لجميع آثاره. ولاعبرة فى كل ذلك بأوصاف الخصوم.

والذى نريد قوله هو أنه حتى ولو ترتب على تقديم طلب الرد وقف حتمى للخصومة بقوة القانون، فان سلطة القاضى فى تقدير أسباب الرد وشروط قبول الطلب تظل قائمة. فان كان الطلب مقبولا ثبت الأثر الموقف لهذا الطلب حتى يفصل فيه. أما ان حكم برفضه أو بعدم قبوله فان هذا الأثر يزول ويعتبر كأن لم يكن. فالقاضى يقدر مفترضات الأثر القانونى ولكن هذا الأثر يقع بقوة القانون[1].

٣٨٨- ومن صور الوقف التعليقى أيضا ما تحكم به المحكمة بوقف لاخصومة فى حالات معينة كلما قدرت ذلك. وفى مثل هذه الحالات لا يترتب الوقف كأثر حتمى للواقعة الأجنبية عن الخصومة، وانما يترتب بحكم المحكمة التى قدرت ضرورته.

ومثال ذلك وقف الخصومة الى حين الفصل فى مسألة أولية (مادة ١٢٩ مرافعات)[2].

والمسائل الأولية أما أن تكون مسائل أولية عامة، واما أن تكون مسائل أولية خاصة. والطائفة الأولى تخرج من ولاية القضاء المدنى لتدخل فى ولاية القضاء الجنائى أو جهة قضائية أخرى مثل جهة القضاء الادارى أومحكمة استثنائية أو هيئة قضائية مستقلة عن القضاء المدنى.

أما المسائل الأولية الخاصة[3] فهى مسائل تخرج من اختصاص محكمة

---

(١) رمزى سيف، الوسيط، ص ٥٦٥/ العشماوى، جـ ٢، ص ٣٨٤/ ابراهيم سعد، جـ ٢، ص١١٢/ وجدى راغب، مبادئ، ص ٣٣٤.

(٢) نقض مدنى ١٢/ ٤/ ١٩٦٢ مجموعة النقض، س ١٣، ص ٤٦٣/ نقض مدنى ٥/ ٣/ ١٩٦٨، مجموعة النقض، س ١٩، ص ٥١٠/ نقض مدنى ٦/ ٣/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ٥٢٢.

(٣)
- Solus et Perrot: droit judiciaire. T. II. n. 459.
- paris: 8/ 3/ 1968. D. 1968 - 30.
- Sinay. 6a compétence exclusive j. c. p. 1958. I. 1451.
- Vincent op. cit. p. 989.

من محاكم القضاء المدنى لتدخل فى اختصاص محكمة أخرى تابعة لذات الجهة.

وبناء على ذلك فالمسائل الأولية العامة اذ تخرج من ولاية جهة القضاء المدنى، والفصل فيها لازم للفصل فى الدعوى الأصلية المنظورة أمام هذا القضاء، فان قيام هذه المسائل يوجب حتما وقف الدعوى المدنية اذ قدر القاضى ضرورة الفصل فيها قبل الفصل فى الدعوى الأصلية، وسنرى تفصيل ذلك من بعد.

أما المسائل الأولية الخاصة، فانها بحسب الأصل تدخل فى ولاية القضاء المدنى وان كانت تخرج عن اختصاص المحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية. هنا يجب التفرقة بين ما اذا أثيرت هذه المسائل أمام المحكمة الابتدائية أم أمام المحكمة الجزئية.

فأما المحكمة الابتدائية تتولى هذه الأخيرة نظر هذه المسائل الأولية الخاصة ولا تأمر بوقف الدعوى، لأنها محكمة ذات اختصاص عام. أما المحكمة الجزئية فيجب عليها أن تأمر بوقف الدعوى ان قدرت جدية المنازعة وضرورة الفصل فيها قبل الفصل فى الدعوى الأصلية[1].

٣٨٩- ووقف الدعوى الأصلية حتى يفصل فى المسألة الأولية، سواء كانت عامة أم خاصة، يتوقف على تقدير القاضى بأن الفصل فى المراكز المتنازع عليها يتوقف على الفصل فى مسألة تثور أمامه وتتعلق بمركز قانونى مرتبط بالمراكز المعروضة عليه. بحيث يصبح الفصل فى هذه المنازعة أو تقرير هذا المركز الآخر مفترضا ضروريا للفصل فى النزاع الأصلى[2].

والقاضى يتصدى لتقدير المسائل الألية حينما يبدى أمامه دفعا، أو حينما

---

(١) نقض مدنى ١/ ١١/ ١٩٦٢ مجموعة النقض، س ١٣، ص ٩٦٨/ نقض مدنى ١٧/ ٤/ ١٩٧٤ مجموعة النقض، س ٢٥، ص ٦٩٨/ نقض مدنى ٢١/ ٣/ ١٩٦٣ مجموعة النقض، س ١٤، ص ٣٣٧/ نقض مدنى ٢٤/ ٢/ ١٩٧٠، س ٢١، ص ٣١٢/ نقض مدنى ١٧/ ٤/ ١٩٧٤ مجموعة النقض، س ٢٥، ص ١٩٨.

(٢) ابراهيم نجيب سعد، جـ ٢، ص ١١٤/ محمد كمال عبدالعزيز، تقنين المرافعات، ص٢٩١.

يستخلص هذه المسألة الأولية من تلقاء نفسه. فعند الفصل فى نزاع قد يرى القاضى أن حسم هذا النزاع لا يمكن أن يتم الا اذا حسم من قبل النزاع على مركز قانونى مرتبط به وموجود ضمن وقائع النزاع الأصلى وكان الفصل فيه يخرج عن اختصاصه.

أى أن تقدير لزوم الفصل فى المسألة الأولية قبل الفصل فى الدعوى الأصلية هو من اطلاقات السلطة التقديرية لقاضى الموضوع. وهذا اللزوم تستخلصه المحكمة من وقائع النزاع ومن وجود الارتباط بين المسألة الأولية والمسألة الأصلية. هذا الارتباط يقتضى منها بحث المراكز القانونية المتعلقة بأصل الحق على ضوء ما تراه المحكمة محتملا التطبيق من القواعد القانونية التى تستجيب موضوعيا لحسم النزاع[1].

ويلاحظ أنه اذا قدرت المحكمة أن الحكم فى المسألة الأولية يمكن أن يؤخذ من ذات عناصر الدعوى فلها الا تحكم بوقف الدعوى[2].

ويلاحظ أخيرا أنه اذا اشتملت الدعوى على عدة طلبات، وكان البعض منها يتوقف الحكم فيها على الفصل فى المسألة الأولية، فان الوقف يتم – وفقا لتقدير المحكمة – بالنسبة لهذه المسائل، اذا كان الفصل فيها يخرج من اختصاص المحكمة، وقد تستمر المحكمة فى نظر الطلبات الأخرى الا اذا كان هناك ارتباط وثيق بين مختلف الطلبات مما يجعل من الصعب الفصل فى بعضها دون الأخرى، فهنا توقف الدعوى بأكملها.

هذه هى سلطة المحكمة التقديرية فيما يتعلق بالوقف التعليقى.

٣٩٠– وبالنسبة لانقطاع الخصومة، فاننا نتسائل أيضا عن سلطة المحكمة بالنسبة لهذا الانقطاع، هل لها سلطة تقديرية فى هذا المجال؟

انقطاع الخصومة هو صورة من صور وقفها لأسباب محددة، هذه الأسباب تتعلق بالمركز القانونى لأحد أطرافها، بمعنى أن هذه الأسباب تتعلق بعنصر الأشخاص فى الخصومة.

(١) نقض مدنى ٥/ ١/ ١٩٧٧ طعن رقم ١١٥، س ٤٢/ نقض مدنى ٢/ ١١/ ١٩٧٦ طعن رقم ٢٣٩، س ٤٢ ق/ نقض مدنى ٢٨/ ٦/ ١٩٧٦ طعن رقم ٥٠١، س ٤١ق.

(٢) أبو الوفا، المرافعات، ص ٥٣٩.

واذا كان انقطاع الخصومة يحدث بقوة القانون بمجرد قيام سببه، فان آثار هذا الانقطاع لا تكون فعالة الا اذا تمسك بها من شرع الانقطاع لصالحه. وبمعنى آخر يرتب القانون لى قيام سبب من أسباب الانقطاع وقف السير فى الخصومة، وكل اجراء يتخذ أثناء الوقف يكون باطلا، كما أن المواعيد تقف أيضا طوال مدة الوقف، ولكن اعمال هذه الاثار يكون وهنا بالتمسك بالانقطاع من جانب صاحب المصلحة، الذى له ان شاء أن يتنازل عن كل ذلك[1].

ومع ذلك، وأخذا فى الاعتبار لما سبق، فان صدور حكم قضائى يقدم الانقطاع لهو أمر ضرورى لاعمال الآثار القانونية المترتبة على الانقطاع. ومع ذلك يذهب الجمهور الى القول بأن الانقطاع يحدث بمجرد توافر سببه وبصرف النظر عن علم الخصم الآخر بذلك ودون حاجة لصدور حكم بهذا[2]. ومع ذلك يلاحظ الجمهور أن انقطاع الخصومة وما يترتب عليه من آثار هو أمر لا يتعلق بالنظام العام. ومن جهة أخرى يرى الجمهور أن الانقطاع لا يزول الا اذا حدث نشاط من أحد الخصمين لاعادة المواجهة بينهما. ويتم ذلك بتعجيل الدعوى، وهذا التعجيل يمكن أن يتم من جانب الخصم الذى قام به سبب الانقطاع أو من الخصم الآخر.

وفى رأينا أن الخصم لاذى يريد التمسك بآثار الانقطاع لابد أن يفصح عن رغبته تلك، وذلك عن طريق تقديم طلب أو دفع.

فالانقطاع واثاره لا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه، اذا لابد من التمسك به، ونتيجة ذلك هوصدور حكم مقرر للانقطاع واثاره. هذا الانقطاع يقع فعلا دون حكم ودون علم من صاحب المصلحة ودون حاجة للتمسك بوقعه، ولكن كل ذلك قاصر على وقوع الانقطاع بقوة القانون. أما التمسك به

---

(١) أبو الوفا، الدفوع، ص ٥٣٠/ أحمد مسلم، أصول المرافعات، ص ٥٤٢/ فتحى والى، الوسيط، ص ٦٤٧.

(٢) فتحى والى، الوسيط، ص ٦٤٩/ أبو الوفا، المرافعات، ط ١٢، ص ٥٢٠/ ابراهيم سعد، ص ١٢٣/ نقض مدنى ١٨/ ٥/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١٠٣٠.

فلا بد أن يصدر من خصم ولا بد أن يتم تقريره بحكم قضائى تعود اثاره الى لحظة قيام سبب الانقطاع[1].

هذا هو التمييز الواجب فهمه لقيام الانقطاع بقوة القانون وقيام الآثار المترتبة عليه بقوة القانون، وبين التمسك بالانقطاع والتمسك باثاره.

٣٩١- فاذا ما تم التمسك بالانقطاع وبما يترتب عليه من آثار، فعلى القاضى تقع مسئولية تقدير قيام سبب من أسباب الانقطاع، فاذا وجد حقا وفعلا أن مثل هذا السبب قائم، يعتبر الانقطاع قد وقع من لحظة قيام هذا السبب، وكذلك تعتبر الآثار قد ترتبت على الانقطاع من ذات هذه اللحظة. كل هذا طبيعى نظرا لأن القاضى لا يفعل الا مجرد تقرير ما هو كائن.

ولكى يصل القاضى الى هذه التقرير عليه أن يقوم بعملية تقدير لأسباب الانقطاع، ويتم هذا التقدير عن طريق بحث المراكز القانونية الشخصية للخصوم، لأنه داخل هذه المراكز عينها قام العارض الذي أدى الى الانقطاع الفعلى لرابطة الخصومة.

فيجب عليه بحث مسألة قيام الخصومة التى يقع أثناء سيرها عارض يؤدى الى انقطاعها، لأن الانقطاع لا يرد الا على خصومة قائمة بالفعل حتى ولو كانت مشطوبة.

فاذا كان العارض المودى الى الانقطاع هو الموت، فيجب أن يتحقق القاضى من وقوعه، فاذا كانت الخصومة ناشئة بين أشخاص طبيعيين، وكان أحدهما غائبا وممثلا فى الخصومة بوكيل، ثم حكم باعتبار المفقود أوالغائب ميتا - وفقا لما يقدره لاقاضى - فان هذا الحكم يعتبر منشئا لهذا المخوت الاعتبارى وليس مقررا له. وعلى ذلك فاثار هذا الحكم تترتب من تاريخ صدوره. وبالتالى يقع الانقطاع بقوة القانون من هذا التاريخ. وكذلك تنقطع الخصومة اذا عاد الغائب أو المفقود لزوال صفة من كان يباشر الخصومة عند من النائبين[2].

---

(١) رمزى سيف، الوسيط، ص ٥٧١/ نقض مدنى ٦/ ١٢/ ١٩٦٦ مجموعة النقض، س١٧، ص ١٧٧٥/ أبو الوفا، المرافعات، ص ٦١٣.

(٢) حسن كيره، المدخل الى القانون، ص ٥٠٨.

كما يقوم القاضى بتقدير انقضاء الشخصية الاعتبارية للأشخاص المعنوية، فيبحث فى الانقضاء الفعلى للشخصية الاعتبارية، الذى يترتب عليه عدم وجود هذه الشخصية بالفعل.

ففى الأحوال التى تنتقل فيها ملكية الشخص الاعتبارى الى شخص آخر، ولكنه مع ذلك يظل قائما محتفظا بشخصيته المعنوية ويستمر فى مباشرة نشاطه كما كان، فلا تنقطع الخصومة[1].

وقد حكم بناء على ذلك بأن تأميم بنك واعتباره مؤسسة عامة وانتقال ملكيته الى الدولة، مع بقائه كبنك تجارى يباشر الأعمال المصرفية لا يفقد أهليته القانونية، ويظل محتفظا بشخصيته المعنوية فى مباشرة الخصومة المرفوعة من قبل عليه، ومن ثم لا تنقطع الخصومة بسبب هذا التغيير. وواضح أن هذا الحكم صدر بمناسبة تمسك أحد الخصوم بانقطاع الخصومة التى تم الادعاء بانقطاعها بقوة القاضى، مما يوكد نظرنا بضرورة التمسك بهذا الانقطاع من جانب الخصوم فى جميع الأحوال[2].

٣٩٢- ويتولى القاضى أيضا بحث مسألة فقد أحد الخصوم أهليته للخصومة، فيبحث ما اذا كانت أهلية أحد الخصوم قد أصابها عارض الجنون أو السفه أو العته أو الغفلة، ولا يكفى الادعاء بذلك حتى يعتبر الانقطاع قد وقف، بل البد من اثبات ذلك عن طريق تقديم الدليل الثابت على قيام هذا العارض.

كما يجب على القاضى أن يقدر أن فقد الأهلية بالنسبة للشخص الاعتبارى يقترن دائما بفقد شخصيته العنوية.

٣٩٣- ومن جهة أخيرة على القاضى مراقبة صحة صفة الخصوم، وذلك متى تم التمسك أمامه بالانقطاع لزوال صفة من كان يباشر الخصومة عن الخصم من النائبين.

---

(١) حسن كيره، أو المرجع السابق، ص ٦٢٢.

(٢) نقض مدنى ١٦/ ١١/ ١٩٦٥ مجموعة النقض، س ١٦، ص ١٠٦٦/ نقض مدنى ٢٥/ ٦/ ١٩٦٩ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ١٠٦٢/ نقض مدنى ١/ ١٢/ ١٩٧٧ طعن رقم ٥٠٧، س ٤٤ ق.

فيبحث مثلا أسباب زوال صفة الوصى، أو القيم، أو الوكيل، أو ناظر الوقف، كما يبحث مسألة تخلف نيابة اتفاقية عن انقضاء النيابة القانونية أوالقضائية، أم أن هذه النيابة لا تقوم[1].

ووفقا لبعض التشريعات اذا كانت الوكالة بالخصومة وجوبية فان عزل الوكيل بالخصومة أو وفاته أو رجوعه عن الوكالة يؤدى الى انقطاع الخصومة[2].

أما فى القانون المصرى فان المادة ١٣٠/٢ مرافعات تنص على أنه «لا تنقطع الخصومة بوفاة وكيل الدعوى، ولا بانقضاء وكالته بالتنحى أوبالعزل».

ومن جهة أخرى اذا تعدد الخصوم فى أحد طرفى القضية وقام سبب أحداث انقطاع الخصومة بالنسبة لأحد الخصوم، فإنها تستمر صحيحة بالنسبة لغيره متى كان موضوع الدعوى قابلا للتجزئة. أما اذا كان موضوع الدعوى لا يقبل التجزئة فالخصومة تنقطع بالنسبة للجميع. ويتولى القاضى - عندما يتصدى للحكم بتقرير الانقطاع - بحث مسألة قابلية أو عدم قابلية الموضوع للتجزئة بالقدر اللازم للحكم بتقرير الانقطاع، ودون أن يعتبر ذلك فصلا فى الموضوع.

٣٩٤- وبالنسبة لسقوط الخصومة تجد سلطة القاضى التقديرية مجالا خصبا لنشاطها بصدد تقدير كل شرط من شروط سقوط الخصومة، وبصدد وسيلة التمسك بهذا السقوط، وبصد كيفية اعمال آثار هذا السقوط، وفى كلمة واحدة تهيمن سلطة القاضى التقديرية على كل هذا الموضوع.

سقوط الخصومة، كما هو معروف، هو انقضاؤها وزوال جميع اجراءاتها بسبب عدم السير فيها لمدة سنة من آخر اجراد صحيح، وكان ذلك راجعا الى فعل المدعى أو امتناعه.

---

(١) نقض مدنى ٢٦/ ١٢/ ١٩٧٣ مجموعة النقض، س ٢٤، ص ١٣٥٢/ نقض مدنى ٦/ ٦/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ١١٢٥/ نقض مدنى ١٦/ ١٢/ ١٩٧٣ مشار اليه/ نقض مدنى ٢٣/ ٢/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ٤٨٥.

(٢) ...

ويقوم لاقاضى بتقدير قيام الخصومة التى يرد عليها السقوط أولا، أى لا بد من وجود خصومة تكون قد بدأت ولم يصدر بعد حكم فى مموضوعها. كما أنه يقدر معنى عدم سير الخصومة، ومعنى الاجراء الصحيح والأخير الذى تبدأ منه مدة السقوط. كما أنه يقدر أن عدم السير فى الخصومة راجع الى فعل المدعى. ويقدر الموانع التى قد توجد وتحول دون المدعى ومتابعة السير فى الدعوى.

ويقع على عاتق المدعى اثبات العذر المادى أو القانونى الذى يعفيه من أحكام السقوط. كما أن القاضى يقدر مسألة أن مدة السقوط لم يقطعها أى عمل اجرائى صحيح.

ونفس هذا التحليل يسرى بالنسبة لباقى عوارض الخصومة المدنية.

المبحث الثالث

اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مرحلة اصدار الحكم القضائى

٣٩٥- لسلطة القاضى التقديرية مجال واسع ونشط فى مرحلة الاعداد لاصدار الحكم القضائى.

يهمنا فى هذا المقام استعراض بعض مظاهر هذا النشاط التقديرى الذى يؤكد قيام وفعالية هذه السلطة التقديرية فى جميع نطاقات الأنظمة الاجرائية المعمول بها فى قانون المرافعات.

ونقترح تقسيم هذا المبحث الى المطالب التالية:

المطلب الأول: تقدير القاضى لكفاية الأدلة.

المطلب الثاني: تقدير القاضى لقفل باب المرافعة.

المطلب الثالث: تقدير القاضى لعدم القضاء بعلمه الشخصى.

المطلب الرابع: تقدير القاضى لعدم المساس بأصل الحق فى الدعاوى المستعجلة.

المطلب الخامس: تقدير القاضى لشمول الحكم الابتدائى بالنفاذ المعجل.

المطلب السادس: تقدير القاضى لأسباب حكمه.

والى تفصيل هذه الصور التى تكون بعضا من مظاهر سلطة القاضى التقديرية فى مرحلة اصدار الحكم.

المطلب الأول
تقدير القاضي لكفاية الأدلة المقدمة
في الدعوى

٣٩٦- سبق لنا استعراض كيفية تقدير القاضى لمضمون الدليل. والآن نريد بيان سلطة القاضى التقديرية فى تقديره لكفاية الأدلة المقدمة اليه.

من الثابت أنه لقاضى الموضوع سلطة تقدير كفاية الأدلة التى يقيم عليها قضاءه، دون رقابة لمحكمة النقض على ذلك.

فالمدعى عندما يطالب بحماية حق أو مركز قانونى معين يجب عليه بيان الحق الذى يطلب حمايته. هذا البيان يتطلب أميرن، **الأول:** وجود قاعدة قانونى تحمى مصلحة من النوع الذى يتمسك به المدعى. **الثانى:** هو ثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة.

والاثبات يرد، أساسا، على هذه الوقائع.

فالخصم لا يطلب مه اثبات القاعدة القانونية، ذلك أن القاضى يفترض فيه العلم بالقانون. واذا كان الخصوم يشيرون عادة الى وجهة نظرهم بشأن القاعدة القانونية الواجب تطبيقها وبشأن تفسيرها، الا أن هذا لا يعتبر اثباتا بالمعنى الصحيح، ولا تنطبق عليه قواعده[1].

واذا كان الاثبات يرد على وقائع قانونية، فليست كل واقعة تصلح محلا للاثبات. فالواقعة التى يقدر كفاية الدليل بالنسبة لها لا بد وأن تكون من الوقائع التى تمسك بها الخصم فى الدعوى كأساس لطلب أو دفاع له [٢].

٣٩٧- فليس للقاضى أن يحقق واقعة خارج الوقائع التى أبديت فى القضية مهما بدت له مهمة. ذلك أنه اذا لم يتمسك أحد الخصوم بواقعة

---

(١) وللقاضى أن يطلب فى بعض الحالات من الخصوم اقامة الدليل على وجود قاعدة قانونية، كما فى احوال القانون الأجنبى الواجب تطبيقه على النزاع، والقواعد العرفية، غير ان اقامة الدليل هنا لا يعتبر اثباتا بالمعنى الصحيح، نقض مدنى ٢١/ ٤/ ١٩٦٦ مجموعة النقض، س ١٧، ص ٨٩٤/ فتحى والى، الوسيط، ص ٥٥٦.

(٢) نقض مدنى ٢٩/ ١٢/ ١٩٧١ مجموعة النقض، س ٢٢، ص ١١٣٦/ نقض مدنى ١٩٧٣/١/٦ مجموعة النقض، س ٢٤، ص ٤٠.

معينة، فإن اثارة القاضى لها تعتبر خروجا على طلبات الخصوم لا يملكه القاضى.

ومن جهة أخرى فيجب أن تكون الواقعة، التى يقدر كفاية الدليل بالنسبة لها، غير ثابتة، فإذا كانت ثابتة فلا محل لإثباتها.

وتكون الواقعة ثابتة اذا كانت من الوقائع التى تعتبر معلومات عامة للأشخاص فى وقت ومكان صدور الحكم. سواء كانت معلومات تاريخية أوعلمية، وسواء كانت معلومة للجنس البشرى أو لأبناء أقليم خعين. فهذه الوقائع يجوز للقاضى أن يستند اليها بصرف النظر عن التمسك بها من أحد الخصوم أو عن اثباتها[1].

على أنه يلاحظ أنه اذا كان للقاضى أن يستند الى هذه المعلومات العامة، فليس له أن يقضى بعلمه الخاص، أى بالوقائع التى علمها بطريقته الخاصة. ذلك أن الخصوم لا يستطيعون افتراض هذا العلم لديه، كما أنهم لا يستطيعون مراقبة وجوده، كما أن مبدأ المجابهة يوجب تمكين الخصوم من مراقبة أدلة الأثبات فى الخصومة[2].

ناء عليه فمثل هذه الوقائع الثابتة لا مجال لتقدير كفاية الأدلة بالنسبة اليها حيث أنها لا تكون محلاً للإثبات من الأصل.

وتكون الواقعة ثابتة أيضاً فى الأحوال التى تكون فيها محلاً لإتفاق الطرفين أو الإعتراف المتبادل بها. فهى عندئذ لا تكون محلاً للنزاع. ويجب على القاضى أن يضعها فى اعتباره عند اصدار الحكم. وفى الأحوال التى تتعلق هذه الواقعة فيها بالنظام العام فلا يؤدى الاقرار أو الإتفاق الى ثبوت الواقعة ما لم تكن كذلك حقيقة.

كذلك تكون الواقعة ثابتة اذا كان القانون قد أعفى الخصم من اثباتها، كما فى حالة الخطأ المفترض كأساس المسئولية.

٣٩٨- ومن جهة أخرى يجب أن تكون الواقعة التى يقدر كفاية الدليل

---

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٥٥٨.

(٢) نقض مدنى ١٥/ ٣/ ١٩٧٧، ط رقم ٦٦٠، س ٤٢ قضائية.

بالنسبة اليها من الوقائع الجائز اثباتها، وأن يكون من شأن اثباتها أن تؤدى إلى تطبيق الحماية القانونية المطلوبة.

وبالتالى يجب أن تكون هذه الواقعة من الوقائع المحددة وأن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها.

ولقاضى الموضوع كما سبق القول السلطان المطلق فى تقدير كل دليل أومستند يقدم اليه. ولهذا لا تجوز المجادلة أمام محكمة النقض فى تقدير محكمة الموضوع لشهادة شاهد اطمأنت اليه، أو لتقرير خبير أخذت به محكمة الموضوع للأسباب الواردة به.

على أن هذه السلطة تقيد بعدة قيود، فأدلة الإثبات القانونى، كالأقرار، لا يستطيع القاضى تقدير الدليل بل تنحصر سلطته فى التأكد من توافره وصحته، وعليه بعد ذلك اعمال أثره.

وحرية القاضى فى تقدير الدليل لا تعنى التعسف، وانما تعنى استعمال المنطق والإحساس وخبرة الحياة من أجل تقدير معنى الدليل وفاعليته فى الاقناع[١].

وبناء على كل ذلك لقاضى الموضوعى السلطة الكاملة فى تقدير كفاية الأدلة التى يقيم عليها قضاءه دون رقابة من محكمة النقض، ما دامت هذه الأدلة تؤدى الى الغرض والنتيجة التى استخلصتها المحكمة منها.

ونتيجة ذلك فإن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الخصم الى أى طلب يتعلق بالإثبات متى رأت فى ظروف الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها.

ولهذا فإن محكمة الموضوع – متى كونت عقيدتها – لا تخل بحق الدفاع، اذا رفضت طلب ندب الطبيب الشرعى لفحص دماء الصغير[٢]. أوإذا

---

(١) نقض مدنى ٢٦/ ٣/ ١٩٦٤ مجموعة النقض س ١٥، ص ٧٩٥/ نقض مدنى ٢٤/ ٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٢٩٥/ نقض مدنى ٢٨/ ١٢/ ١٩٧١ مجموعة النقض، س ٢٢، ص ١١١٥.

(٢) نقض مدنى ٢٨/ ٢/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ٤١٢.

رفضت طلب ضم محضر جرد حصر التركة[1]. أو إذا رفضت طلب استجواب الخصم [2]، أو طلب اجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بشهادة السهود[3]، أو طلب الإنتقال للمعاينة[4].

ويبدو لنا من كل ذلك أن تقدير القاضى لكفاية الأدلة يستتبع عملية فحص مركبة لوقائع النزاع المطروح عليه، ولفرض القاعدة القانونية التى يراها محتملة التطبيق على هذه الوقائع. ثم تقدير مدى دلالة الإثبات والأدلة المقدمة فى هذه الدعوى على امكانية اعمال ذات الأثر القانونى القائم فى القاعدة المحتملة التطبيق.

فإذا ما وجد أن الأدلة كافية لإعمال حكم القاعدة القانونية كان له أن يقرر أن ما قدم من أدلة الإثبات كافى لإعمال حكم القانون.

المطلب الثاني

تقدير القاضي لمسألة قفل باب المرافعة

٣٩٩- قفل باب المرافعة يعنى مجرد تقرير صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل دفاعهم. وقبل قفل باب المرافعة صراحة أو ضمنا لا يجوز النطق بالحكم. كما لا يجوز النطق به فى بدء النزاع وقبل سماع أى أقوال للخصوم والا كان الحكم باطلاً[5].

ويعد باب المرافعة مقفولاً إذا أصدرت المحكمة قراراً صريحاً يثبت ذلك، أو إذا بدأت المحكمة فى المداولة، أى إذا قررت فى جلسة ختام المرافعة تحديد جلسة للنطق بالحكم، وهنا يتم قفل المرافعة بصورة ضمنية، أو إذا أبدت النيابة طلباتها ان كانت طرفاً منضماً[6].

---

(١) نقض مدنى ٤/ ٩/ ١٩٦٨ مجموعة النقض، س ١٩، ص ١٢٥٥.

(٢) نقض مدنى ٢٤/ ٣/ ١٩٦٦ مجموعة النقض، س ١٧، ص ٧٠٨.

(٣) نقض مدنى ٢٥/ ٥/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١١٠٢.

(٤) نقض مدنى ١٠/ ٦/ ١٩٦٥ مجموعة النقض، س ١٦، ص ٧٦٠.

(٥) أحمد أبو الوفا، الأحكام، ص ٦٧.

(٦) أبو الوفا، الأحكام، ص ٦٩/ فتحى والى، الوسيط، ص ٥٣٠.

وإذا حجزت المحكمة القضية للحكم مع تقديم مذكرات فى ميعاد معين فلا يعد باب المرافعة مقفولاً الا بانتهاد هذا الميعاد، لأنه لا يقفل الا اذا انتهت المرافعة فعلاً سواء أكانت قد تمت شفاهة أم كاتباة، ففى هذه اللحة فقط تكون القضية صالحة للحكم فيها[1].

والقرار الصادر بقفل باب المرافعة لا يعتبر حكماص لأنه لا يفصل فى نزاع[2]، كذلك لا يعتبر عملاً ولائيا لأن مفترضات العمل الولائى تختلف فى هذه الحالة[3]، وانما يعتبر هذا القرار عملاً من أعمال الإدارة القضائية[4].

وأيا ما كان الأمر بصدد تعريف قفل باب المرافعة، وطبيعة القرار الصادر بذلك، فالذى يهمنا هو تحديد سلطة القاضى التقديرية ازاء هذا القرار.

لا شك أن القاضى يملك بالنسبة لقفل باب المرافعة سلطة سيادية. بمعنى أن سلطة القاضى التقديرية لتقرير قفل أو عدم قفل باب المرافعة هى سلطة مطلقة لا رقابة عليها من جانب محكمة النقض. وهذه السلطة تقابل سلطة الخصوم لعى القضية قبل تقرير قفل باب المرافعة. فرذا كان المبدأ التقليدى يرى أن الخصومة هى ملك الخصوم، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ سيادة الخصوم، فإن ذلك يكون فى مرحلة ما قبل قفل باب المرافعة، أما بعد تقرير قفل باب المرافعة فالقضية تكون بين يدى القضاة.

والبواعث التى تدفع القاضى الى تقرير قفل باب المرافعة تتلخص فى أنه يقدر بمطلق سلطاته أن القضية قد وصلت الى درجة تكون معها صالحة لتلقى حكم فى الموضوع.

وهذا التقرير لا يتم فى معزل عن وقائع النزاع، لأن قرار قفل باب

---

(١) إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢) أبو الوفا، الأحكام، ص ٦٨.

(٣) إبراهيم سعد، جـ ١، ص ٨٠.

(٤) - Motulsky. op. cit., p. 158.

المرافعة يتم بعد أن يكون القاضي قد كون رأياً إبتدائياً فى جميع وقائع النزاع وأدلة الإثبات، وانتهى من هذا الرأى الى أنه يمكن البدء فى المداولة، أوالإستعداد لإصدار الحكم.

٤٠٠- وبناء على ذلك فالصلة وثيقة بين بحث صلاحية الدعوى للفصل فيها وتقرير قفل باب المرافعة.

ودليل ذلك أنه إذا قررت المحكمة حجز القضية للحكم مع تقديم مذكرات فى ميعاد معين، فلا يعد باب المرافعة مقفولا إلا بإنتهاء هذا الميعاد، لأن باب المرافعة لا يقفل إلا إذا انتهت المرافعة فعلاً سواء أكانت قد تمت مشافهة أم كتابة.

وعلى هذا فليس كل حجز للقضية للحكم فيها يعتبر قفلاً لباب المرافعة، وإنما ينبغى البحث عما إذا كان هناك ترخيص بتقديم مذكرات أم لا يوجد، فإذا وجد هذا الترخيص فمعنى ذلك أن القاضى قد قدر أن القضية غير صالحة لرصدار حكم فيها.

ومتى قل باب المرافعة بالفعل، فإن المحكمة لا تملك قبول الطلبات العارضة أيا كان نوعها أو تكييها القانوني. وإذا حدث سبب من أسباب أنقطاع الخصومة أثناء قفل باب المرافعة وكانت الدعوى قد تهيأت للحكم فى موضوعها، جاز للمحكمة أن تحكم فيها على موجب الأقوال والطلبات الختامية، أو أن تؤجلها بناء على طلب مقدم من الخصم الذى ألم به العارض.

ومن جهة أخرى فإن الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم لا تحال إلى المحكمة التى أصبحت مختصة بها عملاص بالقانون الجديد، بل تبقى خاضعة لأحكام القانون السابق.

كما تنص المادة الأولى من قانون المرافعات على أن القوانين الجديدة المعدلة للإختصاص لا تسرى على الدعاوى التى قفل باب المرافعة فيها قبل صدور القانون الجديد.

كل هذه الآثار تترتب على قفل باب المرافعة بطريق مباشر، كما أنها تترتب على تقدير القاضى للدعوى بأنها صارت مهيأة لتلقى حكم فيها يحسم موضوع النزاع. ومن هنا يتضح مدى أهمية التقدير القضائى لهذه المسألة نظراً لما يترتب عليه من آثار أشرنا اليها.

٤٠١- ومن جهة أخرى فليس هناك ما يمنع المحكمة وفقاً لمطلق سلطتها التقديرية أن تأمر بإعادة فتح باب المرافعة، سواء من تلقاء نفسها أوبناء على طلب الخصوم. كما أن هناك حالات يتعين فيها على المحكمة أن تعيد فتح باب المرافعة بعد اقفالها كما فى الحالة التى يتوفى فيها أحد القضاة، أو يفقد صفته لأى سبب قبل المداولة، أو بعدها وقبل النطق بالحكم. كما أنه يجوز للمحكمة وفقاً لسلطتها التقديرية رفض طلب إعادة القضية للمرافعة بعد حجزها للحكم وانقضاء ميعاد تقديم المذكرات بشرط الا تخل بحقوق الدفاع[1].

المطلب الثالث

تقدير القاضي لعدم القضاء بعلمه الشخصي

٤٠٢- يقع على عاتق القاضى التزام قانونى بالفصل فى النزاع المطروح عليه وإلا أعتبر مرتكباً لجريمة انكار العدالة. وهو اذ يفصل فى النزاع يتعين عليه احترام النطاق الموضوعى، واقع الدعوى وسببها، والنطاق الشخصى، خصوم الدعوى. فإذا خرج عن هذا النطاق فإنه يحكم بما لم يطلبه الخصوم.

والقاعدة فى العمل القضائى هى أنه يمتنع على القاضى أن يقضى

---

(١) نقض مدنى ١٥/ ١٢/ ١٩٧٩ مجموعة النقض، س ٣٠، ص ٣٩٢٣/ نقض مدنى ٢٩/ ٣/ ١٩٧٨ مجموعة النقض، س ٢٩، ص ١٧٦/ نقض مدنى ١١/ ١/ ١٩٧٧ نقض س ٢٨ ص ٤٦/ نقض مدنى ١٠/ ٣/ ١٩٧٦ مجموعة النقض س ٢٧، ص ١١٨/ نقض مدنى ٢٣/ ٢/ ١٩٧٥ مجموعة النقض، س ٢٦، ص ١٢٤٧.

بعلمه الشخصي، فما هو المقصود بذلك؟، وكيف يتحدد ما يعتبر علما شخصيا للقاضى، وما لا يعتبر كذلك؟[1].

يقصد بعلم القاضى الشخصى معلوماته الشخصية التى يكون قد حصلها من خارج نطاق القضية المطروحة عليه، والتى من الممكن أن تؤثر فى تكوين عقيدته عند القضاء فى النزاع المطروح عليه.

وبمعنى آخر فالمعلومات الشخصية التى يحوزها القاضى والتى يمتنع عليه القضاء على موجبها هى معلومات تتصل بصورة أو بأخرى بالإدعاء المطروح عليه، ومن الممكن أن يؤثر فى قضاء القاضى، ومع ذلك يمتنع عليه القضاء بها، لأنها لم تحصل بالطريق الذى حدده القانون[2].

إذا أيا كان المصدر الذى استقى منه القاضى معلوماته الخاصة، فالقاعدة هى أنه لا يجوز له القضاء بناء عليها. سواء استقاها القاضى من خارج نطاق الإدعاء، أو من إدعاء آخر فى قضية أخرى ولو تمت بين نفس الخصوم.

وعلى ذلك فلا يجوز للقاضى أن يستند إلى أدلة قدمت من الخصوم فى قضية أخرى ولو كانت هذه القضية منظورة أمامه، وبين الخصوم أنفسهم، ما لم تضم هذه الأدلة لملف الدعوى التى يصدر فيها الحكم بحيث تصبح عنصراً من عناصر الإثبات.

٤٠٣- وعلى ذلك فإذا وعلى ذلك فإذا أدرك القاضى أن معلوماته الشخصية تؤثر فى تقديره لوقائع النزاع، واستشعر الحرج من نظرها، كان له

---

(١) عبدالعزيز البديوى، ص ٣٦٤/ نقض مدنى ٢٤/ ١٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٣٨٦/ نقض مدنى ١٠/ ١١/ ١٩٧١ المحاماة، س ٥٤، ص ٦٣/ نقض مدنى ١٣/ ٢/ ١٩٧٢، الماماة، س ٥٦، ص ٧٤.

(٢) فى هذه المعنى وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٤٢/ فتحى والى. الوسيط، ص ٦٩١/ نقض مدنى ١٧/ ٥/ ١٩٧٨ مجلة إدارة قضايا الحكومة ١٩٧٨ عدد ٣ ص ٢٢٥/ السنهورى، الوجيز، جـ ١. ص ٥٤٧، هامش (١)/ أبو الوفا، الأحكام، ص ٢١٠.

- نبيل عمر، قاعدة عدم القضاء بعلم القاضى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، مقال، منشور فى مجلة الدفاع الإجتماعى، الرياض، العدد ١، س ١٩٨٤.

أن يعرض أمر تنحيه على المحكمة عملاص بالمادة ١٥٠ ولو فى غير أحوال عدم الصلاحية لنظر الدعوى، أو أحوال الرد[١] .

فيشترط اذا فى المعلومات الشخصية للقاضى التى يمتنع عليه العلم بمقتضاها، أن يتم تحصيلها بغير الطرق التى يحددها القانون، وأن يكون من شأن هذه المعلومات أن تؤثر على القضاء المزمع اصداره، وكلا الأمرين يتم تقديره بطريقة موضوعية. ولا شك أن القاضى هو الخبير الأعلى الذى يترك له تقدير هذه المسألة تقديراً موضوعياً.

وأساس ذلك يرجع فى رأى البعض الى أنه يترتب على حق الخصوم فى مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه، ذلك أن علم القاضى هنا يكون دليلاً فى القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل، اقتضى الأمر أن ينزل القاضى منزلة الخصوم، فيكون خصما وحكماً وهذا لا يجوز[٢] .

ويرى البعض الآخر من الفقه أن مبدأ منع القاضى من الحكم بمعلوماته الشخصية لا يتأتى من مبدأ حق الخصم فى مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى، وإنما يتأتى من أن ما شاهده القاضى أو علمه أو سمعه مما يتصل بوقائع القضية سوف يؤثر حتما فى تقدير القاضى، بل قد يشمل هذا التقدير.

وهو عندئذ يصلح أن يكون شاهداً فى القضية ليقدر قاضى آخر شهادته، وانما لا يصلح أن يكون قاضياً، والا أعتبر قاضياً وشاهداً فى آن واحد، ولهذا ينص القانون على أن القاضي الذى سبق أن شهد فى قضية ما لا يصلح أن يكون قاضياً فيها[٣] .

---

(١) أبو الوفا، الأحكام، ص ٢١٠/ السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٣٣/ نقض مدنى ٣٠/ ١/ ١٩٧٣ مجموعة النقض، س٢٤، ص ١٢٤/ نقض مدنى ٢٧/ ٤/ ١٩٧١ مجموعة النقض، س ٢٢، ص ٤٤٣/ نقض مدنى ٢٦/ ٣/ ١٩٥٩ مجموعة النقض، س ١٠، ص ٢٥٩.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٣٣/ نقض مدنى ٢٦/ ٣/ ١٩٦٤ مجموعة النقض، س ١٥، ص ٣٩٥/ نقض مدنى ٢٠/ ٥/ ١٩٧١ مجموعة النقض، س ٢٢، ص ٦٦٩.

(٣) أبو الوفا، الأحكام، ص ٢١٣.

وأخيراً يرى رأى ثالث أن أساس قاعدة عدم حكم القاضى بعلمه الشخصى يرجع إلى ضرورة احترام حقوق الدفاع. اذ أن المعلومات الشخصية التى يستند اليها القاضى تعتبر فى الواقع مفاجأة للخصوم أن لم تناقض بمعرفتهم ولم يتم اثباتها داخل اجراءات الخصومة، كما يرى هذا الفقه أنه لا يشترط المناقشة الفعلية لهذه المعلومات من جانب الخصوم، وإنما يكفى أن يكون الخصم قد سمح له بذلك وان لم يستعمل حقه فى المناقشة(١).

٤٠٤- ونرى أن علم القاضى الشخصى بواقعة معينة تتصل بوقائع الإدعاء المطروح أمامه، لا يجوز أن يؤثر فى قضائه، طالما أن هذه الواقعة لم تطرح عليه طرحاً قانونياً. لأن ذلك يخل بواجب القاضى فى الخصومة المدنية، ويخل بحق الدفاع وسلطات الخصوم.

وبما أن القاضى لا يختص من تلقاء نفسه بنظر أية واقعة متنازع عليها، وقد سبق بيان ذلك، فلا يجوز له القضاء بعلمه الشخصى لأن ذلك يعتبر اختصاصاً بنزاع لم يطرح عليه.

ولكن من جهة أخرى لا يوجد فى المنطق ما يمنع القاضى من توجيه الخصوم الى هذه الواقعة حتى يحدث ادعاء بشأنها وبالتالى تندرج فى كتلة الوقائع المتنازع عليها. ويعقب ذلك قيام الخصوم بواجبهم الإجرائى كاملاً ازائها والقيام بإثباتها ومناقشتها وجعلها من صميم وقائعهم الخاصة - طالما أن ذلك يفيد حسم النزاع، وهو يفيده حتما طالما أن هذه الواقعة يترتب على الأخذ بها التأثير فى القضاء الصادر.

كل هذا لا يقتضى أكثر من فهم مرن لدور القاضى الإيجابى فى الخصومة المدنية. ويلاحظ أن هذه القاعدة لا تشمل معلومات القاضى القانونية، فالقانون لا يحتاج الى إثبات.

---

(١) إبراهيم سعد، ص ٢٦٤/ نقض مدنى ١٤/ ٤/ ١٩٧١ مجموعة النقض، س ٢٢، ص ٤٧٧.

- Solus: le rôle du juge dans l'administration de la pruve. Travaux d'association. H. Capitant. T. V. 1949. p. 135.

٤٠٥- أما المعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضى بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها فهى لا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها [١].

والمعلومات العامة يقصد بها تلك الوقائع التى يفترض علم الكافة بها والتى يقتنيها القاضى من خبرته أو ثقافته العامة. ومثال ذلك الوقائع العامة أو المشهورة التى يستند اليها القاضى فى حكمه مثل بعض العادات التجارية أو المصرفية مثلاً أو بعض الوقائع المقررة علميا.

وقد أقرت محكمة النقض المصرية جواز استناد القاضى الى هذه الوقائع على أساس أن المعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضى بالشئون العامة والمفروض المام الكافة بها لا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضى أن يبنى حكمه عليها[٢].

ويرى البعض أنه إذا استند القاضى على هذه الوقاع العامة فى حكمه لتأسيس ما قضى به، وكانت هذه الوقائع من الأسباب الرئيسية للحكم، فإنه يتعين على القاضى أن ينبه الخصوم الى ذلك حتى لا يخل بحقوق الدفاع ويمكنهم من الناقشة وإبداء أوجه دفاعهم المرتبطة بهذه الوقائع[٣].

والخلاصة أن هذه المعلومات العامة تعتبر كامنة فى ذات الوقائع التى طرحها الخصوم على القاضى، وبمعنى آخر فالقاضى لا يلجأ إلى هذه المعلومات العامة إلا رذا كان لها تأثير فى قضائه، وهذا التأثير ينشأ من أن وقائع الخصوم تحتمل قيام مثل هذه الوقائع فى طياتها. فإذا ما مكن القاضى الخصوم من مناقشة هذه الوقائع، فكأنه قد كفل حقوق الدفاع وبالتالى يصير قضاؤه سليما.

---

(١) نقض مدنى ٢٦/ ٢/ ١٩٥٣ مجموعة النقض، س ٤، ص ٥٥٥/ نقض مدنى ٢٦/ ٣/ ١٩٥٩ مجموعة النقض، س ١٠، ص ٢٥٩/ نقض مدنى ٢٩/ ٦/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١٤٥٠/ نقض مدنى ١٥/ ٢/ ١٩٧٢ مجموعة النقض، س ٢٣، ص ١٦٨.

(٢) أبو الوفا، الأحكام، ص ٢١٤/ إبراهيم سعد، جـ ٢، ص ٢٦٦/ فتحى والى. الوسيط، ص ٦٩٠.

(٣) عبد المنعم الصده، الإثبات، ص ١٦.

ونتنقل الآن إلى دراسة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق عدم المساس بأصل الحق فى الدعاوى المستعجلة.

المطلب الرابع

تقدير القاضي لعدم المساس بأصل الحق فى الدعاوى المستعجلة

٤٠٦- ما هو المقصود بعدم مساس قاضى الأمور المستعجلة بأصل الحق؟ وكيف يقوم القاضى بعملية تقديره للحماية الوقتية المطلوبة فى الدعوى المستعجلة دون أن يمس أصل الحق؟[١].

يرى البعض أن المراد بأصل الحق الممنوع على القاضى المستعجل المساس به هو السبب القانونى الذى يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر[٢]. وبالتالى لا يجوز للقاضى أن يتناول هذه الحلول والإلتزامات بالتفسير أو التأويل الذى من شأنه المساس بموضوع النزاع القانونى بينهما. كما أن ليس له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانونى أو أن يعرض فى أسباب حكمه إلى الفصل فى موضوع النزاع، أو أن يؤسس قضاءه فى الطلب الوقتى على أسباب تمس أصل الحق.

ويرى البعض الآخر من الفقه[٣] أنه يقصد بأصل الحق كل ما يتعلق

---

(١) أمينة النمر، الرسالة، ص ١٢٦ وما بعدها.
- محمد على راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ط ٦، ص ٤٠ ومابعدها.
- محمد عبداللطيف، القضاء المستعجل، ط ٤، س ١٩٧٧، ص ٨٣ وما بعدها.
- أبو الوفا، المرافعات، ط ١٢، ص ٢٥٠ وما بعدها.
- أبو الوفا، التعليق، جـ ١، س ١٩٦٨، ص ١٧٥ وما بعدها.
- فتحى والى، الوسيط، س ١٩٨٠، ص ١٥٥ وما بعدها.
- وجدى راغب، المقالة السابقة، ص ٥٥، وما بعدها.
- أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ، ط ١، ص ١٠١.
- فتحى والى، التنفيذ الجبرى، الوسيط، ١٩٨٠، ص ٩٠.

(٢) محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص ٨٣.

(٣) راتب ونصر الدين، ص ٤١.

بالحقوق وجوداً وعدما، فيدخل فى ذلك ما يمس صحتها أو يؤثر فى كيانها أويغير فيها أو فى آثارها القانونية أو التى قصدها المتعاقدان[1].

والواقع أن قاعدة عدم المساس بأصل الحق أيا كان معناها تجعل هناك التزاما على القاضى المستعجل، عندما يتصدى لتقدير اختصاصه، وللفصل فى الدعوى المستعجلة، بألا يمس أصل الحق، أى لا يفصل فى أصل الحق فى أسباب حكمه أو فى منطوقه.

هذا الإلتزام يجد مصدره فى خصائص الدعوى الوقتية، والدعوى المستعجلة منها. فهذه الدعوى تتميز بعنصر الإحتمال سواء بالنسبة للحق محل الحماية، أو بالنسبة للإعتداء على هذا الحق.

فيشترط لقبول الدعوى الوقتية أن يوجد احتمال لوجود الحق المطلوب حمايته حماية وقتية. وهذا الإحتمال يتوافر بوجود أميرين: **الأول**، وجود قاعدة قانونية تحمى مالا مما يطلب المدعى حمايته بالدعوى الموضوعية التى ترفع الدعوى الوقتية لخدمتها.

الثاني، أن تعطى وقائع القضية احتمالاً لوجود الحق، محل الحماية الموضوعية، من الناحية الفعلية[2].

٤٠٧- ويحث قاضى الأمور المستعجلة للدعاوى المطروحة عليه بهدف تحديد اختصاصه، وتحديد قبول الدعوى، وتحديد صلاحيتها للفصل فيها، فى جميع هذه الأحوال يجب ألا يتضمن هذا البحث فضلاً فى أصل الحق، أيا كان شكل هذا الفصل وأيا كان مكانه من الحكم الصادر[3].

والسؤال الآن هو كيف يقدر القاضى أن مسألة ما تتعلق بأصل الحق وبالتالى يمتنع عليه المساس بها، وما معنى هذا المساس وما هى صوره، وما

---

(١) أمينة النمر، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢) فتحى والى، الوسيط، ص ١٥٥.

(٣) أمينة النمر، الرسالة، ص ١٣٠ وما بعدها.

- نقض مدنى ٢٨/ ١٠/ ١٩٥٤ مجموعة النقض، س ٦، ص ٦٣.
- نقض مدنى ٢٤/ ٦/ ١٩٥٤ مجموعة النقض، س ٥، ص ١٠٠٠.
- نقض مدنى ١٩/ ١٢/ ١٩٣٥ مجموعة عمر، جـ ١، ص ٩٩٩.
- نقض مدنى ٢٩/ ١١/ ١٩٥١ مجموعة النقض، س ٢، ص ١٢٩.
- نقض مدنى ٥/ ٦/ ١٩٥٢ مجموعة النقض، س ٣، ص ١١٢٩.

هى الأحوال التى يمس فيها أصل الحق دون أن يعتبر ذلك ممتنعا عليه؟ هذه الأسئلة يجب الإجابة عليها بعناية.

وللإجابة عن هذه الأسئلة نقول أن الإدعاء بطلبات موضوعية يكون خارجاص عن إختصاص قاضى الأمور المستعجلة. فالدعوى بطلب تثبيت ملكية عين، أو بطلب تقرير حق ارتفاق عليها، أو بطلب فسخ عقد، أوصحته، أو بطلانه أو بطلب منع التعرض، مثل هذه الإدعاءات لا يمكن الفصل فيها دون مساس بأصل الحق، أى دون حسم النزاع لعى أصل الحق بصددها، لهذا لا يختص بنظرها قاضى الأمور المستعجلة.

كذلك إذا رفعت دعوى بطلب اجراء وقتى فى مظهرها، ولكنها انطوت فى جوهرها على مساس بأصل الحق، هنا أيضاً يحكم القاضى بعدم الإختصاص.

ويلاحظ هنا أن القاضى قبل الحكم بعدم الإختصاص تولى عملية تقدير لمسألة هذا الإختصاص وانتهى منها إلى أن الفصل فى مثل هذه الدعوى يتضمن لزوما الفصل فى الموضوع.

وفى هذا المعنى تقول محكمة النقض :

وليس معنى ذلك أنه بمجرد أن تثار منازعات أمام القاضى المستعجل فإنه ينفض يده منها وينأى عن البحث فيها تأسيساً على أن مثل هذا البحث أنما يمس أصل الحق.

بل ان القاضى المستعجل مكلف بأن يبحث منازعات الطرفين توصلا لتحديد اختصاصه. فهو اذا كان ممنوعاً من التعرض لأصل الحق، الا أن هذا لا يعنى حرمانه مطلقاً من أن يفحص الموضوع وأصل الحق[1].

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض بأنه لقاضى الأمور المستعجلة قانوناً فى حالة النزاع على جدية عقد الإيجار بين المستأجر والحارس، تقدير الجدية تقديراً مؤقتاً لعى ما يستبين له من ظاهر المستندات دون المساس بالموضوع. واذن فمتى كان الحكم لم يتعرض لهذا البحث الذى كان مثار

---

(١) نقض مدنى ١٠/ ٢/ ١٩٥٥ مجموعة النقض، س ٦، ص ٦٥٢.
- نقض مدنى ١٤/ ٥/ ١٩٥٣ مجموعة النقض، س ٤، ص ١٠١٢.
- نقض مدنى ١٢/ ٦/ ١٩٥٢ مجموعة النقض، س ٣، ص ١٢٠٩.

الخلاف بين الطرفين تأسيسا على أن الفصل فيه لا يدخل فى ولاية القضاء المستعجل، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون وعاره القصور[١].

فالقاضى المستعجل فى كثير من الصور لا يستطيع أداء مهمته فى صدد الإجراء الوقتى المطلوب منه إلا اذا تناول الموضوع - موضوع الحق - لتقدير قيمته، وعندئذ فلا مانع يمنعه منهذا على أن يكون بحثه فى موضوع الحق بغير حاسم لموضوع النزاع بين الطرفين، بل مجرد بحث عرضى يتحسس به ما يحتمل لأول نظرة أن يكون هو وجه الصواب فى الطلب المعروض لعيه. ويبقى الموضوع سليما يتناضل فيه ذوو الشأن لدى جهة الإختصاص[٢].

وإذا فحص القاضى المستندات واستبان أن الحكم فى الدعوى سيمس أصل الحق ذاته، فإنه يقضى بعدم الإختصاص بنظر الدعوى. أما إذا تكشف البحث عن أن الأمر لا ينطوى على مساس بأصل الحق، وأن ما أثاره الخصم من منازعات لا يستند الى أساس من الجد فإنه يحكم فى الدعوى[٣].

ومن جهة أخرى، فإنه يشترط فى المنازعات الموضوعية التى تشل اختصاص القضاء المستعجل عن الحكم فى الدعوى أن تكون جدية وعلى أساس من القانون. أما مجرد الإدعاءات والأقوال غير الجدية فلا تحد من سلطته، بل أن له أن يقضى فى الدعوى المطروحة أمامه وقضاؤه فى هذه الحالة لا يؤثر فى الموضوع[٤].

٤٠٨- ومن جهة أخرى، ليس لقاضى الأمور المستعجلة عند فحص المنازعات الموضوعية، التى تثار أمامه، أن يحكم فى حقيقة المسائل المتنازع عليها أو فى مدى تأثيرها على حقوق الطرفين، الأمر الذى يخص قاضى الموضوع وحده.

وعلى القاضى المستعجل أن يبحث مسألتين فقط: **الأولى**: ما إذا كانت للمسائل الموضوعية المذكورة ظل من الصواب من ظاهر مستندات الدعوى أم لا.

---

(١) نقض مدنى ١٠/ ٢/ ١٩٥٥ مجموعة النقض، س ٦، ص ٦٥٢.

(٢) نقض مدنى ١٢/ ٦/ ١٩٥٢ مجموعة النقض، س ٣، ص ١٢٠٤.

(٣) نقض مدنى ٢٠/ ١/ ١٩٥٥ مجموعة النقض، س ٦، ص ٦١٥.

(٤) نقض مدنى ١٥/ ١/ ١٩٤٨ مجموعة عمر، جـ ٥، ص ٥٢٥.

الثانية: ما إذا كان يجب الفصل فيها أولاً من محكمة الموضوعى قبل الحكم فى الدعوى، وبمعنى أوضح ما إذا كان الحكم فى الإجراء الموقت المطروح أمامه يتضمن الفصل فى هذه المسائل، ويؤثر بذلك فى الحقوق التى تقوم عليها أم لا[1].

وفى كلمة واحدة، فالحكم لا يكون وقتياً إذا مس أصل الحق، فوقتية الحكم تدور وجوداص وعدما مع عدم المساس بأصل الحق[2].

وإذا كان عدم المساس بأصل الحق يعتبر فى رأينا ورأى الجمهور شرطا لإختصاص قاضى الأمور المستعجلة، فهو أيضاً قيداً يرد على سلطته فى الحكم فى الدعوى المستعجلة.

فعدم المساس بأصل الحق يقدره القاضى فى زمن أول لتحديد ما رذا كان مختصاً بنظر الدعوى، ويحدده ثانياً لتقدير مسألة قبول الدعوى، ويحدده ثالثاً للحكم فى الدعوى المستعجلة.

فطبيعة الإختصاص النوعى لهذا القاضى، أيا كان موقعه، تحتم عليه وجوبا تقدير معنى أصل الحق ومعنى عدم المساس به، وهو إذ يقدر ما يعتبر وما لا يعتبر من أصل الحق، فإنه يقدر فى ذات الوقت وجود حق يخشى عليه من الخطر الداهم، ويقدر فى ذات الوقت أيضاً طبيعة الإجراء المطلوب منه وكونه إجراء وقتياً.

كل هذا التقدير يهدف إلى تصفية المسائل المطروحة عليه تمهيداً لإرساء التكييف القانونى عليها وحسمها بحكم قضائى.

وننتقل الآن لدراسة سلطة القاضى التقديرية فى نطاق طلب شمول الحكم بالنفاذ المعجل.

---

(١) مستعجل مصر ١٢/ ٢/ ١٩٣٥ المحاماة، س ١٥، ص ٢٩٣.
- مستعجل مصر ٢٠/ ١٢/ ١٩٣٧ المحاماة، س ١٨، ص ٩٣١.
- مستعجل مصر ١١/ ٧/ ١٩٣٨ المحاماة، س ١٩، ص ١٣٧.
- مستعجل مصر ١١/ ١٢/ ١٩٣٩ المحاماة، س ٢٠، ص ١٠٠١.

(٢) أمينة النمر، الرسالة، ص ١٢٧/ أبو الوفا، التعليق، جـ ١، س ١٩٦٨، ص ١٧٨.

المطلب الخامس

تقدر القاضي لطلب شمول الحكم

بالنفاذ المعجل

٤٠٩- النفاذ المعجل للأحكام القضائية هو نظام قانونى يرمى الى اعطاد الحكم الابتدائى قوة تنفيذية ليست له بحسب الأصل، وتهدف هذه القوة الى جعل مثل هذا الحكم صالحا للشرو فى التنفيذ الجبرى بمقتضاه، رغم قابليته للطعن فيه بطرق الطعن العادية، أو الطعن فيه بالفعل بهذه الطرق.

والنفاذ المعجل فى القانون المصرى له نوعان، الأول هو نفاذ معجل بقوة القانون، ونفاذ معجل بناء على الحكم الصادر بذلك من القاضى اذا ما طلبه الخصورم وكان القانون يجيز لهم هذا الطلب.

واذا تركنا جانبا النفاذ المعجل بقوة القانون. حيث حدد هذا الأخير على سبيل الحصر الحالات التى يكون فيها الحكم ممولا بالنفاذ المعجل بحسب المادة التى صدر فيها الحكم، وبالتالى يقتصر دور القاضى على تقدير طبيعة النزاع، فاذا ماصدر فيه الحكم كان مشمولا بالنفاذ المعجل بقوة القانون.

واذا حصرنا البحث فى دراسة مضمون سلطة القاضى التقديرية فى أحوال النفاذ المعجل بحكم المحكمة، فاننا نلاحظ أن هذه السلطة ذات نطاق واسع.

ويرى البعض أن المشرع قد حد حالات النفاذ المعجل القضائى على أساس مضمون الحكم، وليس بالنظر الى طلبات الخصوم. فاذا كان المدى يطالب بشىء أو يستند على سند معين مما يدل فى حالات النفاذ المعجل، فان الحكم لا يشمل بالنفاذ المعجل اذا كان لم يقض بهذا الشىء أو لم يستند على هذا السند، فالعبرة اذن هى بالنظر الى ما قضى به الحكم أو استند اليه، وليس الى ما طلبه أو استند اليه الخصوم[1].

٤١٠- والنفاذ المعجل القضائى يمنح القاضى سلطة واسعة فى تقدير

---

(١) فتحى والى، التنفيذ الجبرى، ص ٦٠، ط ١٩٧٢.

الأساس الذى عليه يتم منحه. فأساس النفاذ المعجل قد يكون الضرر الذى يتعرض له المحكوم له من تأخير تنفيذ الحكم الصادر فى النزاع، والذى لا يقبل بطبيعته التنفيذ الجبرى.

وقد يكون شمول الحكم بالنفاذ المعجل راجعا الى قوة تأكيد الحق الثابت فى الحم مما يقلل من احتمال الغاء الحكم اذا ما طعن فيه بطرق الطعن العادية.

والقاضى يتولى تقدير أساس شمول الحكم بالنفاذ المعجل، ورغم أن هذا الأخير يعتبر صورة من صور الحماية الوقتية، الا أن البحث فيه يتضمن بالضرورةالبحث فى المراكز القانونية الموضوعية للخصوم.

وعلى ذلك فاذا كان مبنى شمول الحكم بالنفاذ المعجل هو الضرر الذى يعود على المحكوم له من التأخير فى التنفيذ، فعلى القاضى يقع عبء بحث هذا الضرر.

وبحثه هذا لابد أن يقع على العناصر التى تشكل هذا الضرر على ضوء وقائع النزاع، وعلى ضوء ما يحتمل أن يصاب به المحكوم له بعد صدور الحكم المطلوب شموله بالنفاذ المعجل.

فمن المعروف أنه يشترط لمنح الحماية الوقتية بالاضافة الى ضرورة توافر الخطر الداهم الحال الذى يهدد مصالح الشخص، فانه يشترط أيضا توافر ضرر.

وهذا الضرر يجب ألا يكون ضررا عاديا يسهل ازالته بعد وقوعه، بل يجب أن يكون ضررا نهائيا، ويقصد به الضرر الذى تلابسه ظروف خاصة، تجعله متى وقع لا يمكن ازالته تماما[1].

ومن جهة أخرى، فان القاضى اذ يقدر الضرر كأساس الشمول الحكم بالنفاذ المعجل، فانه يجب أن يأخذ فى اعتباره أن نهائية الضرر لا تعنى بالضرورة استحالة تحقيق الحق بعد الاعتداء عليه.

فالقاعدة أن ما لا يمكن تحقيقه عينا يمكن التعويض عنه. وانما يكون

---

(١) وجدى راغب، نحو فكرة عامة للحماية الوقتية، ص ٢٤١.

الضرر نهائيا اذا كان تحقيق الحق عينا أو بمقابل بعد الاعتداء عليه لا يؤدى، الى اشباع كامل للمصلحة التى يضمنها الحق.

وعلى ذلك يكون الضرر المحتمل نهائيا، اذا وجدت ظروف تهدد بضياع وسائل تحقيق الحق أو هلاكها كليا أو جزئيا. مثال ذلك هلاك المال محل الحق، أو اعسار المدين فى الحق الشخصى، أو زوال دليل الحق[1].

كذلك اذا كانت الظروف التى تهدد صاحب الحق بضرر جسيم لا يفلح التعويض فى ازالة اثاره النفسية.

٤١١- ومثال ذلك أنه قد تلابس اخلال البائع بالتزامه ظروف خاصة تجعل الضرر الناشئ عنه نهائيا. مثال هذا أنه قد يقوم البائع للعين باستغلال هذه العين على نحو يعرضها للخطر، أو اعسار البائع مما يثير مخاوف المشترى من امكانية الحصول على تعويض منه.

ومن جهة أخرى قد تكون هذه الظروف خاصة بالمشترى، مثل حاجته الفورية الملحة للعين المبيعة، كما لو كانت مسكنا يريد الاقامة فيه وليس لديه مسكن آخر.

ففى هذه الحالات لا يؤدى الحكم القضائى العادى بالتزام البائع بتسليم العين والتعويض عن التأخير فى تسليمها الى ازالة الضرر تماما. اذ يتم تسليم العين فى مثل هذه الحالة بعد أن يصيبها التلف أو يتعذر الحصول على التعويض كاملا بسبب اعسار البائع. كذلك فان التعويض فى حالة الحاجة الملحة للعين، لا يمحو ما أصاب المشترى من ضرر جسيم بسبب حرمانه منها.

هذا هو نوع التقدير الذى يقوم به القاضى اذا ما طيلب منه شمول الحكم بالنفاذ المعجل على أساس الضرر الذى يصيب المحكوم له اذا ما تأخر تنفيذ الحكم الابتدائى الصادر فى مثل هذه الحالات.

٤١٢- ومن الأسس التى يقوم عليها أيضا النفاذ المعجلالقضائية، قوة تأكيد الحق الثابت فى الحكم، مما يقلل من احتمال الغاء الحكم فى الاستئناف.

---

(١) وجدى راغب، البحث السابق، ص ٢٤١ و ٢٤٢.

وبالنسبة لهذا الأساس لم يضع المشرع قاعدة عامة، بل أورد حالات على سبيل الحصر، وترك للقاضى سلطة الحكم فى كل حالة بالنفاذ المعجل أو بعدمه حسب قوة أو ضعف احتمال الغاء الحكم المطلوب شموله بالنفاذ المعجل.

وسلطة القاضى التقديرية هنا واسعة، ودالتها هى بحث المراكز القانونية الموضوعية للخصوم، ثم التطرق الى بحث مصير الحكم الذى سوف يصدر، وما اذا كان يحتمل الغاؤه فى الطعن، أم أن مصيره هو التأييد والثبات. وفى كل هذه المسائل يتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى منح أو رفض شمول الحكم بالنفاذ المعجل.

فمثلا يجوز شمول الحكم بالنفاذ المعجل اذا كان قد صدر تنفيذا لحكم سابق. ويشترط لذلك أن يكون الحكم السابق حائزا لقوة الأمر المقضى أونافذا معجلا. ويجب أن يكون المحكوم عليه فى الحكم الجديد طرفا فى الخصومة التى انتهت بالحكم السابق. وأن يكون الحكم الجديد قد صدر تنفيذا للحكم السابق، أى يكون مبنيا عليه[1].

وهذا يعنى أن تكون الواقعة المنشئة للحق المدعى به فى القضية الجديدة ثابتة فى الحكم السابق. هذا الثبوت هو الذى يؤدى الى قوة تأكيد الحكم الأخير للحق مما يقلل من احتمال الغائه.

وفى حالة صدور الحكم مبنيا على سند رسمى فانه يشترط لشمول الحكم بالنفاذ المعجل أن يكون المحكوم عليه طرفا فى هذا السند، وأن يكون الحكم مبنيا على هذا السند، ويكون ذلك اذا كانت الواقعة المنشئة للحق المدعى به والذى أكده الحكم ثابتة فى السند الرسمى.

فى كل هذه الأحوال وغيرها يقوم القاضى باعمال سلطته التقديرية غير المنكورة فى ذها المجال وذلك لكى يصل من ذلك الى تقدير احتمال عدم الغاء الحكم أمام محكمة الطعن، وبالتالى امكانية شموله بالنفاذ المعجل.

وننتقل الآن الى دراسة سلطة القاضى التقديرية بالنسبة للأسباب التى يختارها للحكم القضائى.

---

(١) فتحى والى، التنفيذ الجبرى، ص ٦٤.

المطلب السادس

تقدير القاضي لأسباب حكمه

٤١٣- حينما نتصد لدراسة اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مجال تسبيب الأحكام القضائية، فنحن لا ننوى دراسة التزام القاضى بالتسبيب فى ذاته ومن جميع جوانبه، كما أننا لا ندرس الرقابة على التسبيب[1].

وانما نحن ندرس سلطة القاضى التقديرية فى اختيار ما يصلح لتسبيب حكمه من الوقائع والقانون، أى كيف يقدر القاضى أن هذه المسألة أو تلك من مسائل الواقع أو القانون تكون صالحة لبناء حكمه عليها. ثم كيف يقدر القاضى كفاية وصحة هذه الأسباب. ثم ما هى العلاقة وفقا لتقدير القاضى بين هذه الأسباب وما يراه هو منتجا فى الدعوى من واقع ومن قانون.

فالقاضى اذ يسبب حكمه فهو انما يواجه طعنا مستقبلا، ويواجه رقابة محتملة على هذا الحكم.

نحن اذا ندرس سلطة القاضى التقديرية فى مجال تسبيب الأحكام والأعمال القضائية، وبالذات حينما تكون هذه الأسباب هى محل اعمال السلطة التقديرية.

تنص المادة ١٧٦ من قانون المرافعات لعى أنه: «يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها والا كانت باطلة».

---

(١) عزمى عبدالفتاح، تسبيب الأحام وأعمال القضاة، ط ١، س ١٩٨٣.
- فتحى والى، الوسيط، ص ٦٨٠.
- أبو الوفا، الأحكام، ص ١٨٢.
- ابراهيم سعد، جـ ٢، ص ٢٥٠.
- حامد فهمى ومحمد حامد فهمى، النقض فى المواد المدنية والتجارية ١٩٣٧، ص ٢٤٣.
- نبيل عمر. النظرية العامة للطعن بالنقض، ط ١، س ١٩٨٠، ص ٣٥٠.
- أبو الوفا، تسبيب الأحكام، مجلة الحقوق، س ١٩٥٦، عدد ١ - ٢.
- وجدى راغب، الرسالة، ص ٥١٤.
- رمزى سيف، الوسيط، ص ٦٧٤.
- محمد محمود ابراهيم، المرجع السابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

فكيف يقوم القاضى باعمال سلطته التقديرية فى هذا المجال؟

من المعروف أن أسباب الحكم تتكون من أسباب واقعية وأسباب قانونية. ويقصد بالاولى بيان الوقائع والأدلة التى يستند اليها الحكم فى تقرير وجود أوعدم وجود الواقعة الأساسية، حيث لا يكفى فى هذا الصدد مجرد سرد الوقائع القانونية التى بنى عليها الحكم[1].

كما يقصد بالاسباب القانونية بيان القاعدة القانونية أو المبدأ القانونى الذى يصدر الحكم تطبيقا له، وتشتمل على الحجج القانونية التى يستند اليها الحكم[2].

٤١٤- ويجمع جمهور الفقه على أنه يجب على القاضى ألا يفصل فى النزاع الا بعد تحقيقه. أو على حد تعبير محكمة النقض: الا بعد أن يبحث النزاع المطروح أمامه بحثا دقيقا، حيث يطمئنه المطلع لعى الحكم أن المحكمة قد فحصت الأدلة التى قدمت اليها وحصلت منها على ما يؤدى اليه[3].

وعلى ذلك فالفقه الاجرائى يفرض على القاضى أن يبحث وقائع القضية بحثا كافيا ومنطقيا، وكذلك يفعل القانون. وما تراقبه محكمة النقض هو مدى اخلال القاضى بهذا الواجب، وبهذا تصبح مسألة تعييب التسبيب الواقعى هى مسألة قانونية يمكنها التعرض لها.

فحينما يتصدى القاضى لتقدير الأسباب الواقعية التى يرى من الملائم بناد حكمه عليها، فعليه أن يبحث الوقائع ووسائل الدفاع والأدلة التى يستند اليها الخصوم فى تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة الأساسية، التى تعتبر العنصر الواقعى الذى يفترض وجوده لتطبيق القاعدة القانونية. وبعبارة أخرى يجب أن يتضح منالأسباب أن الوقائع اللازمة لتطبيق القاعدة

---

(١) رمزى سيف، الوسيط، ص ٧٠٧/ أبو الوفا. الأحكام، ص ٢٤٧/ محمد وحامد فهمى، تسبيب الأحكام، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٥، ص ٥٩٣.

(٢) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥١٦.

(٣) نقض مدنى ١٦/ ١١/ ١٩٣٣، طعن رقم ٤١، س ٣ ق.

- وجدى راغب، الرسالة، ص ٥١٥.

القانونية، التى يراها القاضى محتملة التطبيق على النزاع قد توافرت فى الدعوى، ونوقشت وتم اثباتها بواسطة الخصوم.

وعلى ذلك يتضح لنا أن تقدير القاضى للأسباب الواقعية يجد محلة فيما طرحه الخصوم منادعاءات وفيما ناقشوه من وسائل اثبات وفيما قدموه منالأدلة. فنطاق اختيار القاضى لأسباب حكمه الواقعية يجد محله فى الادعاء الذى طرحه الخصوم.

فلا يجوز للقاضى استمداد أسباب الحكم خارج نطاق الادعاء الواقعى بجميع عناصره.

وداخل هذا الادعاء، فليس للقاضى أن يختار أية واقعة كانت بل ان اختياره محكوم بالوقائع الصالحة لتقرير وجود أو عدم وجود الواقعة الأساسية التى تعتبر العنصر الواقعى الذى يفترض وجوده لاعمال القاعدة القانونية التى يراها القاضى تستجيب موضوعيا لحكم النزاع.

وتنص المادة ١٧٨ منقانون المرافعات صراحة على أن القصور فى أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه بطلان الحكم. وبناء على ذلك فلا يكفى لاعبتار الحكم صحيحا أن تبدى أسبابا واقعية مبهمة أو غامضة أو مجملة أومتخاذلة أو ناقصة أو متناقضة.

وانما يجب أن تبدى الأسباب الواقعية والكافية لحمل ما قضى به الحكم(١).

فالعلاقة اذا وثيقة بين أسباب الحكم الواقعية والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على واقع النزاع. لأن الأسباب الواقعية هى محور تطبيق القانون. اذ أنها تسمح بالتحقق منأن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا.

وتقدير القاضى لأسباب الحكم الواقعية لا يمكن أن يتم اذا فى معزل عن ادعاءات الخصوم المطروحة أمامه من جهة، وعما يراه هو وفقا لتقديره، من

---

(١)
- Faye: la cour de cassation. p. 106.
- Le boulanger: la pratique des jugements. p. 195.
- Mimin: les énonciations nécessaires, base légale des jugements. j. c. p. 1946. I - 451.

أن هناك قاعدة قانونية محتملة التطبيق على هذا النزاع. فاختيار الاسباب الواقعية اذ يخضع لتقدير القاضى فانه يكتسب فعاليته فقط من كونه مستمدا استمدادا سليما غير مشوه من الادعاء ومن ناحية أخرى من كونه يتطابق مع فرض القاعدة القانونية التى يراها القاضى قابلة لحكم النزاع.

أما الأسباب المجملة أو المبهمة أو الغامضة أو الناقصة أو المتناقضة، فانها لا تصلح، حتى وان استمدت من ادعاءات الخصوم، للتطابق مع مفترض القاعدة القانونية الواجبة الاعمال.

٤١٥- ومن هنا ذهب البعض الى القول بأن القاضى يكون رأيا فى الوقائع حول ثبوت ودلالة أو عدم ثبوت ودلالة الوقائع الأساسية للادعاء. والسباب الواقعية هى بيان للأسانيد والأدلة التى أدت بالقاضى الى تكوين رأية فى هذا الواقع. وهى تكشف بهذا عن الطريق المنطقى الذى اتبعه القاضى فى تكوين رأيه[١].

والقانون الاجرائى يفرض على لاقاضى تكوين رأيه فى الواقعة الأساسية للأمر المقضى بعد تحقيقها تحقيقا كافية ومنطقيا خلال اجراءات الخصومة. ويرى القانون أن بناء رأى القاضى على هذا التحقيق هو الذى يبرر ارادة فرض هذا الرأى، لأنه منحيث يضمن عدالته يضمن أداء العمل القضائى لغايته. ولذا يجعل من دلالة الأسباب الواقعية على هذا التحقيق قيدا على ارادة القاضى[٢]، ومقتضى لصحة عمله.

والواقع أن ذات هذا الرأى قد قال به الأستاذ هبرو فى مجال آخر غير مجال سلطة القاضى التقديرية، ففى مجال اكتساب العمل القضائى لحجية الشىء المقضى به ذهب هذا الفقيه الى القول بأن قيام القاضى بعملية التحقيق أو فحص الحقوق المتنازع عليها هى التى تؤدى الى تمييز العمل القضائى. ليس فقط لأن هذه العملية هى التى تؤدى الى تطبيق القانون، بل لأن هذه العملية هى الى تميز مرحلة هامة من مراحل حل النزاع.

والجوهرى فى هذه العملية ليس موضوعها، وانما فى الأشكال التى

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢٤.

(٢) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢٥.

تحيط بعملية التحقيق والتحقق هذه. والذى يهم حسب هذا الرأى بصدد تحديد فكرة حجية الشيء المقضى به هو الأشكال التى يولد فى ظلها الحكم القضائى.

بمعنى أنه كلما وجد تحقيق قضائى، فحجية الشيء المقضى به توجد، واذا تلف هذا التحقيق تلفت الحجية[1].

٤١٦- ويسمى الفقه الحديث الأسباب الواقعية بالسبب الموضوعى فى العمل القضائى، ويعتبرها ركنا من أركان هذا العمل وهى تتلخص فى تحقيق الواقعة الأساسية للأمر المقضى، وهذا التحقيق يبرر ارادة القاضى بفرض رأيه لعى الخصوم[2]. والواقعة الأساسية التى تقتضى فكرة السبب الموضوعى تحقيقها، هى الواقعة الأساسية للأمر المقضى، أى تلك الواقعة التى تكون مصدرا مباشرا وفقا لقواعد القانون الموضوعى للمركز المقضى.

أما القانون الموضوعى، فهو يرى أن الواقعة الأساسية الموضوعية هى التى تعتبر المصدر المباشر والسبب المنشئ للأثر القانونى. والتحقق من حدوثها هو من وجهة نظر القانون الاجرائى السبب الموضوعى فى فرض رأيه عن هذا الأثر بواسطة القاضى. ورأى القاضى قد يكون ايجابيا وقد يكون سلبيا أى بالرفض. ويكون رأى القاضى ايجابيا حينما يرى استجابة الواقعة الأساسية لفرض القاعدة القانونية، مما يؤدى الى اطلاق الأثر القانونى لهذه القاعدة.

ويكون رأى القاضى سلبيا أى بالرفض اذا تأكد وتحقق بناء على الوقائع

---

(١) - Hébraud: l'acte juridictionnel et la classification du contentieux p. 171.
- Guilien: l'acte juridictionnel et l'autaité de la chase jugée. Thése Baurdeaux 1930. p. 424.
- Tomasin: Essai sur l'autarité de la chase jugée. Thèse Toulouse. 1975. p. 102 et s.
- نبيل عمر. الطعن بالتماس اعادة النظر، ط ١، ص ٤٢٠ وما بعدها.

(٢) وجدى راغب، العمل القضائى، ص ٥٢٥.

المعروضة عليه من عدم حدوث التطابق بين الواقعة الأساسية وبين القاعدة القانونية التى يمكن أن تستجيب فى الفرض العكسى لرغبات الخصوم[1].

٤١٧- وبناء على كل ما تقدم فان قيام القاضى بتقدير الأسباب الواقعية لحكمه يجب أن يلتزم بنطاق الادعاءات المطروحة عليه بالمعنى الواسع لهذه الادعاءات أى بكل ما تشمله من مراكز قانونية موضوعية وأدلة اثباتها وما أثير بشأنها من دفوع وزوجه دفاع.

ومن جـهـة أخـرى، يجب أن يكون فى ذهن القـاضى دائمـا القـاعـدة القانونية الواجبة الاعمال على النزاع، ووجوب اعمال هذه القاعدة لا يتوصل اليه القاضى بطريقة مفاجئة، بل ان الأمر يحتمل تطورا تدريجيا. ومعنى ذلك أن القاضى يبدأ بالبحث عن قاعدة محتملة التطبيق على كلية نزاع من النوع المطروح عليه.

فاذا وجـد قاعـدة قانونية معينة، يقال أن هذه هـى القاعـدة المحتـملة التطبيق على مثل هذا النزاع. بعد ذلك يبحث القاضى فيما اذا كان الواقعة الأساسـية المولدة للحق المدعى به، والمطروح أمامـه، والتى توجد بصورة مجردة فى مفترض هذه القاعدة، يبحث القاضى ما اذا كانت هذه الواقعة توجد فى الوقائع المطروحة أمامه أم لا.

فاذا تأكد لديه التطابق الكامل بين الواقعة الأساسية المجردة، والواقعة الأساسية المحددة والتى طرحها عليه الخصوم، فمعنى ذلك امكانية وضرورة اطلاق الأثر القـانونى الذى يحكم هذه المطابقـة، والذى يوجـد فى حكم القاعدة القانونية.

---

(١) فى هذا المعنى، وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢٦.
- أبو الوفا، الأحكام، ص ١٩٠.

- Vkncent. précent. précis p. 507 et s.
- N. D. De la Batie: appréciation in Abstracto et appréciation in concreto. op. cit. p. 12 et s.
- Ch. Perelmn: la motivation des décisions de justice. 1978 p. 50 et s.

صحة وسلامة تقدير القاضى لهذه المطابقة هو الذى يؤدى الى صحة وسلامة اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مجال الأسباب الواقعية.

وأى وصف و تحليل لسلطة القاضى التقديرية فى هذا المجال لابد أن يتمشى مع هذا المنطق.

فما يعبر عنه بعدم كفاية الأسباب الواقعية، أو غموضها أو تناقضها، أوتخاذلها أو التعسف فى الاستدلال، وغير ذلك من تعبيرات لا يخرج عن كون أن عملية المطابقة بين الواقعة الأساسية المجردة والواقعة الأساسية المحددة لم تتم بشكل صحيح وأن سلطة القاضى فى التقدير قد اعتورها خلل أدى الى فساد النتيجة التى توصل اليها.

٤١٨- أما فيما يتعلق بسلطة القاضى التقديرية ازاء أسباب حكمه القانونية فاننا نلاحظ أنه يقصد بهذه الأساب بيان السند القانونى والحجج القانونية التى يصدر القاضى حكمه تطبيقا لها، وذلك بعد بحثه عن الوقائع اللازمة لتطبيق هذه القاعدة، دون أن يتقيد فى ذلك بالسند أو المبدأ القانونى الذى تمسك به الخصوم.

والقصور فى الأسباب القانونية، لا يعيب الحكم لأن العبرة بالنسبة للقانون هى بالنتيجة التى توصل اليها الحكم فى منطوقه.

وتبدو أهمية ذلك بالنسبة لمحكمة النقض، فهذه المحكمة باعتبارها محكمة قانون لا تفصل فى الواقع، وانما تتأكد من صحة تطبيق القانون. ومن ثم فان قصور الحكم عن ايراد الأسباب الواقعية لا يمكن هذه المحكمة من التحقق منأن القانون طبق تطبيقا صحيحا.

أما قصور الحكم عن ايراد الأسباب القانونية اللازمة أو الخطأ فى بعض هذه الأسباب فانه لا يعجز محكمة النقض من القيام بهذه الرقابة. اذ تستطيع المحكمة متى رأت الحكم صحيح النتيجة من حيث القانون، وأن القاعدة التى أخذ بها الحكم هى الواجبة التطبيق على الوقائع الثابتة، أن تستكمل الأسباب القانونية اللازمة، وتستدرك ما وجدته فى بعض الأسباب من الأخطاء القانونية، بأن تستبدل بأسبابه القاننية الخاطئة أسبابا صحيحة أو أن تقيم الحكم على ما صح من أسباب وتطرح الأسباب الأخرى.

أما اذا ما انتهى الحكم الى نتيجة غير صحيحة فانه ينقض لخطأ فى تطبيق بيان للأسانيد والأدلة التى قادت القاضى الى رأيه فى القانون وفى الوقائع القانونية[1].

٤١٩- وليست الأسباب الواقعية والأسباب القانونية للحكم الا بيان للأساسانيد والأدلة التى قادت القاضى الى رأيه فى القانون وفى الوقائع على التوالى. وهى تكشف بهذا عن الطريق المنطقى الذى اتبعه القاضى فى تكوين هذه الآراء.

والزام القاضى ببيان كيفية تكوين رأيه فى القانون، وهو ما تدل عليه أسباب الحكم القانونية، فأمر يفرضه القانون ضمانا لاهتمامه وتمكينا لمحكمة الطعن من مناقشته وللخصوم من الاطمئنان اليه والاقتناع به.

ومع ذلك فالقانون لا يجعل من سلامته أو كفايته قيدا على ارادة القاضى أو مقتضى لصحة عمله، فالعبرة فى هذا الصدد هى بالنتيجة التى وصل اليها، أى بمحل عمله[2].

وهذا يعنى لدى هذا الفقه أن العبرة هى بالأسباب الواقعية، دون الأسباب القانونية، أى بمضمون الأسباب الواقعية، دون مضمون الأسباب القانونية. أى أن تحقيق لاواقعة الأساسية يبرر ارادة القاضى بفرض رأيه على الخصوم[3].

ويرى هذا الفقه أن هذا التحقيق يفترض من القاضى جهدا قانونيا مسبقا فى تفسير القانون لتحديد الوقاذع الأساسية المجردة، وفى تكييف وقائع الدعوى بمقارنتها بتلك الوقائع[4].

ويرى البعض الآخر من الفقه أن رقابة محكمة النقض على الأسباب

---

(١) ابراهيم سعد، جـ ٢، ص ٢٥٣/ وجدى راغب، مبادئ، ص ٢٧٦/ محمد حامد فهمى، النقض، ص ٤٥٩/ نبيل عمر، النقض، ص ٣٥٠/ وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢٥.

(٢) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢٥.

(٣) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢٥.

(٤) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢٦.

تمتد الى تحليل القواعد القانونية لتحديد الواقعة الأساسية، أى لتحديد العناصر المنشئة للحق المدعى به[1].

ومن جهة أخرى يرى البعض أن الخطأ فى تحديد الواقعة الأساسية المجردة أو فى تكييف وقائع الدعوى، يعد خطأ فى تطبيق القانون أو تأويله لا يعيب الحكم الا اذا كانت النتيجة التى انتهى اليها القاضى مخالفة للقانون، وكانت وقائع الدعوى معروضة على نحو يجعل محكمة النقض تتبين هذا الخطأ[2].

٤٢٠- ورأينا الخاص بصدد سلطة القاضى التقديرية فى مجال أسباب الحكم القانونية يتلخص فى الآتى: حينما يقوم القاضى بتقدير أسباب حكمه فيجب أن يلاحظ دائما أنه يقوم بهذه العمخلية فى اطار الادعاءات وفى اطار القاعدة القانونية المخحتملة التطبيق على هذا الادعاء.

فحينما يقوم القاضى باستخلاص الأسباب الواقعية لحكمه فانه يقوم بذلك على ضوء تحديد الواقعة الأساسية التى سبق وحددتها القاعدة المحتملة التطبيق على النزاع وفقا لما يقدره القاضى.

تحديد هذه الواقعة يتم عن طريق المقارنة بين مفترض القاعدة القانونية بما به من واقعة أساسية، يطابقها ما هو مطروح أمامه من وقائع محددة.

الخطأ فى استخلاص الواقعة الأساسية من مفترض القاعدة القانونية، لابد وأن ينعكس على استخلاص القاضىٔ لهذه الواقعة من الادعاء المطروح أمامه. والعكس صحيح فالخطأ فى استخلاص الواقعة الأساسية من الادعاء المخطروح يقابله خطأ موازى ومقابل فى استخلاص الواقعة الأساسية فى الادعاء المطروح يقابله خطأ موازى ومقابل فى استخلاص الواقعة الأساسية من مفترض القاعدة القانونية.

والنتيجة الحتمية لهذا الخطأ المزدوج هى خطأ جديد فى أعمال أثر قانونى لا يستجيب موضوعيا للواقع.

---

(١) - Motulsky : These précitée p. 166.

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢٦، هامش (٢).

فالخطأ فى القانون يستوجب بالضرورة وجود خطأ فى تقدير القاضى للواقع. والخطأ فى الواقع يستوجب بالضرورة خطأ فى فهم قطب المقارنة، ونقصد به الخطأ فى فهم الواقعة الأساسية المجردة الكامنة فى مفترض القاعدة القانونية.

ودليل ذلك أن منهج تفكير لاقاضى فى تكوين الرأى القضائى ذاته يتخذ شكل قضية قياس منطقى، مقدمته الكبرى هى القاعدة القانونية، ومقدمته الصغرى هى الادعاء المطروح أمامه، والنتيجة تتوقف على مطابقة المقدمتين الصغرى والكبرى. وأى خطأ فى الاستدلال يترتب عليه بالضرورة خطأ فى النتيجة.

وسنزيد كل ذلك ايضاحا فى الباب الثالث من هذا البحث والخاص برقابة محكمة النقض على اعمال القاضى لسلطته التقديرية.

وننتقل الآن الى المبحث الرابع من هذا الفصل والخاص بدراسة اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مرحلة التنفيذ الجبرى.

المبحث الرابع

اعمال القاضي لسلطته التقديرية

في مرحلة التنفيذ الجبرى

٤٢١- بعد استعراض صور اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مرحلة الادعاء، وفى مرحلة سير الخصومة، وفى مرحلة اصدار الحكم، يهمنا الأن دراسة بعض مظاهر اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مرحلة التنفيذ الجبرى.

والهدف من ذلك هو اثبات قيام هذه السلطة فى كافة مراحل التقاضى والتنفيذ الجبرى.

واثبات أن اعمال هذه السلطة يبرز بوضوح مدى الوصل القائم بين المراكز القانونية الموضوعية من جهة، والمراكز القانونية الاجرائية من جهة ثانية، بما يترتب على ذلك من آثار هامة سبق لنا التعرض لها، ونزيدها ايضاحا فيما يلى :

ونقسم هذا المبحث لاى المطالب التالية:

المطلب الأول: سلطة القاضى التقديرية ازاء طلب التنفيذ الجبرى.

المطلب الثانى: سلطة القاضى التقديرية فى تقدير المسئولية عن النفاذ المعجل.

المطلب الثالث: تقدير متى يعتبر الاجراء من اجراءات التنفيذ ومتى لا يعتبر كذلك.

وباتمام معالجة هذه المسائل نكون قد انتهينا من الباب الثانى من هذا المؤلف.

المطلب الأول

تقدير القاضي لطلب وقف التنفيذ الجبري

٤٢٢- طلب وقف التنفيذ الجبرى هو صور من صور الحماية الوقتية، ومنالمعروف أن طلب وقف التنفيذ من الممك أن يقدم الى قاضى التنفيذ فى صورة اشكال وقتى أو موضوعى.

كما أن هذا الطالب من الممكن طرحه على محكمة الطعن العداى وغير العادى بمناسبة الطعن فى الحكم المنفذ به. ويتولى القاضى فى جميع هذه الصور تقدير ملاءمة أو عدم ملاءمة الأمر أو الحكم بوقف التنفيذ الجبرى مؤقتا.

والذى نريد ابرازه الآن هو سلطة القاضى التقديرية فى نطاق الحكم بوقف التنفيذ الجبرى أو عدم الحكم بذاك، وبمعنى آخر ما هى الاعبتارات التى يأخذها القاضى فى تقديره عندما يتصدى لتقدير طلب وقف التنفيذ الجبرى.

هى اذن دراسة فى عقل القاضى، وفى قلب ولايته القضائية. والسلطة التقديرية التى يمارسها القاضى فى هذا النطاق لها طبيعة واحدة، ولها مضمون واحد أيا كان هذا القاضى وأيا كان الاجراء الذى طلب من خلاله وقف التنفيذ الجبرى.

طلب وقف التنفيذ حينما يطرح على قاضى الاستئناف فى أحوال الطعن بهذا الطريق فى حكم ابتدائى مشمول بالنفاذ المعجل، يفتح الباب أمام اعمال هذا لاقاضى لسلطته التقديرية.

وكذلك الحال عندما يطلب وقف تنفيذ حكم انتهائى أمام محكمة النقض بالتبعية للطعن بهذا الطريق فى هذا الحكم. ولكى يحكم القاضى فعلا بوقف النفاذ المعجل لابد أن يقدر مسألتين:

الأولى: توافر الاستعجال.

الثانية: رجحان وجود الحق.

فما هو المقصود بهاتين المسألتين اللتان يخضعهما القاضى لتقديره؟

٤٢٣- من الواضح أن هذه المسائل تطرح على القاضى مسألة تقديرية تتصل بالواقع والقانون فى آن واحد.

وشرح ذلك يتلخص فى أنه يجب على القاضى فى تقديره لعنصر الاستعجال المبرر لطلب وقف التنفيذ أن يتأكد لديه احتمال وقوع ضرر جسيم، أو احتمال وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه بحسب ما اذا كان طلب الوقف مقدما أمام محكمة الاستئناف، أو أمام محكمة النقض.

واحتمال وقوع ضرر جسيم يقتضى بحث وجود خطر من التأخير فى منح الحماية القانونية، فى صورة الفصل فى الطعن. وهذا الخطر يتمثل فى تمام التنفيذ قبل الفصل فى لاطعن. ويؤدى وقف النفاذ المعجل، أو النفاذ العادى للأحكام، الى دفع هذا الخطر الى حين صدور الحكم فى الطعن.

موبالنسبة لوقف التنفيذ أمام محكمة الاستئناف، فالقانون يجيز لهذه المحكمة أن تأمر به اذا ما تأكدت من احتمال وقوع الضرر الجسيم، وهو الضرر الاستثنائى الذى يتجاوز ما ينبغى تحمله من جانب المدين بسبب التنفيذ. وهو يعنى فوات المصلحة التى ينشدها الطاعن نتيجة تنفيذ الحكم المطعون عليه. وهذه مسألة تقديرية تختلف باختلاف الظروف الشخصية والموضوعية.

وبالنسبة لتقدير فكرة الضرر الجسيم أمام محكمة النقض، فالمشرع لا يكتفى بجسامة الضرر بل يشترط أن يتعذر تداركه حتى يمكن لهذه المحكمة أن تقضى بوقف التنفيذ اذا توافرت بقية الشروط(١).

وليس المقصود بتعذر تدارك الضرر أن تكون اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ مستحيلة، وانما يكفى أن تكون صعبة ومرهقة، وهذه الأوصاف يقوم القاضى أيضا بتقديرها وفقا للظروف الشخصية والظروف الموضوعية.

---

(١) وجدى راغب. نحو فكرة عامة للحماية الوقتية، ص ٨٦.
- وجدى راغب، التنفيذ، ص ١٠٨/ محمد عبدالخالق عمر، مبادئ التنفيذ، ص ١٦٣/ فتحى والى، التنفيذ الجبرى، ط ١٩٧٢، ص ٧٨.
- أبو الوفا، التنفيذ، ص ٢٥٠/ أبو الوفا، التعليق، جـ ١، ص ٥٦٧.

وكذلك بالنسبة لقاضى الاشكالات التنفيذية فهو يقوم بتقدير خطر التأخير منزاوية احتمال وقوع ضرر غير عادى بطالب وقف التنفيذ نتيجة انتظاره للفصل فى الوجه الموضوعى من الاشكال. فنظرا لفوات ميعاد قد يطول بين طلب وقف التنفيذ الجبرى باشكال وقتى أو موضوعى، وبين الفل فى موضوع الاشكال مما يعرضه الطالب لخطر تمام التنفيذ قبل صدور الحكم فى موضوع الاشكال فانه يأمر على ضوء هذه الاعتبارات بوقف التنفيذ مؤقتا[1].

٤٢٤- أما فيما يتعلق برجحان وجود الحق والذى يعمل القاضى بصدده سلطته التقديرية فيقصد به ترجيح الغاء الحكم المطعون فيه، أو ترجيح قاضى التنفيذ بأن الاشكال التنفيذى سوف يحكم فيه لصالح رافعه، الذى طلب وقف التنفيذ موقتا.

ويتولى القاضى تقدير هذه المسألة من بحث سطحى للأسباب المتقدم ذكرها فى صحيفة الطعن زو فى الاشكال الوقتى.

فطالب وقف التنفيذ لا يكون جديرا بالحماية الوقتية، الا اذا كان له مظهر الأحقية، ويبدو هذا اذا كانت أسباب الطعن فى الحكم يرجح معها الغاؤه.

ويظهر ذلك بوضوح من نص المادة٢٥١ من قانون المرافعات، لأن هذا النص يوكد ذلك حين يذكر أنه يجوز لمحكمة النقض أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم مؤقتا اذا كان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه.

ويرى البعض أن الضرر الجسيم الذى يحرص القانون على دفعه لابد أن يكون ضررا قانونيا، أى يهدد حقا أو مصلحة قانونية للمحكوم عليه. وما دمنا بصدد حماية وقتية، فانه يكفى احتمال قانونية الضرر أى رجحان وجود الحق.

ومؤدى ذلك بمعنى آخر أنه حتى يكون المحكوم عليه جديرا بحماية المحكمة، وتحكم له بوقف التنفيذ يجب أن يؤدى التنفيذ الى الاضرار بحق

---

(١) نبيل عمر، اشكالات التنفيذ الجبرى، ط ١، س ١٩٨٢، منشأة المعارف، ص ١٥٠.

ترجيح المحكمة وجوده له. ولا تصل المحكمة الى هذه النتيجة الا اذا رجحت الغاء الحكم الصادر ضده.

ومن جهة أخرى فان الضرر الناجم من تمام التنفيذ يعتبر متعذرا تداركه اذا كانت اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ صعبة أو مرهقة.

وبهذا يشير النص الى أن المحكمة عندما تحكم بوقف التنفيذ تدخل فى اعتبارها احتمال اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ، وهو ما يفترض احتمال الغء الحكم(١).

٤٢٥- ولا شك أن القاضى فى بحثه لمقتضيات منح الحماية الوقتية بوقف التنفيذ الجبرى مؤقتا، سوف يتطرق الى بحث المراكز الموضوعية المقضى بها، ولكنه فى بحثه هذا لا يمس حجية الشىء المقضى به، أو قوة الأمر المقضى به، وانما ينحصر بحثه فى توافر أو عدم توافر شروط منح هذه الحماية المؤقتة.

ويتم ذلك عن طريق فحص أسباب الطعن الموجه لاى الحكم المراد وقف تنفيذه، ولعى ضوء نتيجة هذا البحث التقديرى يأمر أو لا يأمر بوقف التنفيذ مؤقتا.

المطلب الثانى

تقدير القاضي للمسئولية عن النفاذ المعجل

٤٢٦- تثير مسألة تنفيذ الأحكام القضائية جبرا قضية هامة بصدد البحث فى مسئولية المحكوم له اذا ما نفذ الحكم، ثم حدث بعد ذلك وألغى هذا الحكم من جانب محكمة الطعن. والواقع أن هذه القضية هى قضية عامة، بمعنى أنها ليست قاصرة فقط على تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، بل انها تتعدى ذلك الى سائر المحررات التى تعتبر سندات تنفيذية.

فهل نستطيع القول بأننا ازاء مبدأ عام: هو مسئولية طالب التنفيذ اذا ما ألغى سنده؟ أم أن المبدأ هو انعدام المسئولية، وفى الحالتين كيف يقوم القاضى بتقدير هذه المسائل؟

---

(١) وجدى راغب، التنفيذ، ص ٩١ الى ١١٠.

من الثابت فى هذا النطاق أنه اذا ألغت محكمة الطعن السند الذى تم التنفيذ بمقتضاه وجب اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنفيذ بقدر ما يكون ذلك ممكنا.

ولكن هل يلزم طالب التنفيذ فضلا عما تقدم بتعويض الضرر الذى يكون قد لحق خصمه من جراء هذا التنفيذ الذى تم. وذات هذه المسألة تثور على وجه ظاهر بالنسبة للنفاذ المعجل للأحكام، فهل يلزم طالب التنفيذ بتعويض الضرر الذى أصاب المنفذ ضده من جراء هذا التنفيذ الذى تم قبل الأوان العادى لتنفيذ الأحكام؟

من الثابت أيضا فى هذا النطاق أنه اذا كان طالب التنفيذ سىء النية فانه يلتزم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية، والقاضى يتولى تقدير عناصر قيام هذه المسئولية[1].

وبناء على ذلك فاذا كان طالب التنفيذ حسن النية فان مسئوليته عن التنفيذ الجبرى لا تقوم، وبالتالى لا يلتزم بأى تعويض، وكل ما يلتزم به هو اعادة الحال الى ما كان عليه، لأن ذلك هو مقتضى تنفيذ الحكم الصادر بالغاء سنده الذى تم التنفيذ بناء عليه.

٤٢٧- ومع ذلك فقد ذهب فريق من الفقه الى القول بأن طالب التنفيذ يلتزم بتعويض الضرر الذى لحق خصمه، واختلفوا بعد ذلك فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه هذا الالتزام بالتعويض. فقيل أن مسئوليته هنا تقوم على تحمل التبعة، بمعنى أنه لا يشترط وجود الخطأ، فيما أنه قد أفاد من التنفيذ الذى تم بغير رؤية ولا تبصر، وبموجب سند تنفيذى كان يعلم أنه معرض للالغاء، فعليه أن يعوض المضرور من هذا الوضع.

كما قيل بأن طالب التنفيذ فى مثل هذه الحالة يجرى التنفيذ الجبرى على مسئوليته، أى أنه يتكفل بضمان ثبات الحكم واستقراره.

---

(١) - Morel: voies d'exécution p. 650.
- Glasson: Traité Tome III. p. 920.
- أبو هيف، التنفيذ، ص ١٢٠/ محمد حامد فهمى، التنفيذ، ص ٧٥/ رمزى سيف، الوسيط، ص ٩.

كما قيل بأن اجراء التنفيذ فى مثل هذه الحالات ليس حقا للمحكوم له، وانما هو رخصة، ان شاء انتفع بها، ويكون انتفاعه فى مثل هذه الحالات على مسئوليته، ولو كان حسن النية. وان شاء تريث حتى يحوز الحكم قوة الشيء المقضى به.

ومع ذلك ذهب رأى آخر الى القول بأن المحكوم له لا يعتبر مسئولا فلا يلزم بالتعويض لأنه اذ يقوم بالتنفيذ الجبرى فانه يعمل القوة التنفيذية الكامنة فى السند التنفيذى الجارى التنفيذ بناء عليه. وهذا حق خوله له القانون حينما منح السند التنفيذى قوة تنفيذية[1].

واذا قلنا بمبدأ مسئولية طالب التنفيذ، فى حالة ما اذا ألغى سنده، عن تعويض الضرر الذى أصاب المنفذ ضده من جراء التنفيذ الجبرى، لكان فى ذلك اهدارا للقوة التنفيذية التى منحها القانون للسندات التنفيذية.

وقيام أو عدم قيام مسئولية طالب التنفيذى الجبرى ليست قاصرة على تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، بل انها تمتد كذلك الى الأحكام الحائزة لقوة الأمر المقضى، ولا ينجو منها الا الأحكام الباتة.

ويظهر من ذلك مدى الخطورة التى تواجه طالب التنفيذ اذا كرسنا مبدأ المسئولية هذا.

٤٢٨- والذى دفعنا الى تناول هذا الموضوع هو ما قضت به محكمة النقض المصرية فى حكم حديث لها اذ تقرر: بأن تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا يجرى على مسئولية طالب التنفيذ، لأن اباحة تنفيذها قبل أن تصبح نهائية هو مجرد رخصة للمحكوم له ان شاء انتفع بها، وان شاء تربص حتى يحوز الحكم أو القرار قوة الشيء المحكوم به، فاذا اختار استعمال هذه الرخصة وأقدم على تنفيذه وهو يعلم أنه معرض للالغاء اذا ما طعن فيه، فانه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ، فاذا ألغى الحكم أو القرار المنفذ به بناء على الطعن فيه، وجب على طالب التنفيذ بعد أن يثبت أن الحق ليس

---

(١) نقض مدين ١٥/ ٤/ ١٩٤٣ مجموعة القواعد، جـ ٤، ص ١٣٦.
- نقض مدنى ١١/ ٣/ ١٩٣٧ مجموعة القواعد، جـ ٢، ص ٤٠٥.
- نقض مدنى ١٥/ ١/ ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء، جـ ١، ص ١٧.

فى جانبه أن يرد الى خصمه الذى جرى التنفيذ ضده ما يكون قد استوفاه منه. وأن يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل حصول التنفيذ. وتبعا لذلك يرد اليه الثمار التى حرم منها[١].

ويكفى لتحقق المسئولية فى النفاذ المعجل أن يلغى الحكم المشمول به[٢].

ويظهر مما تقوم أن الحكم الذى أرست فيه محكمة النقض مبدأ المسئولية عن التنفيذ الجبرى هو مبدأ خطير. ومظهر خطورته أنه فى كل حالة يريد المحكوم له القيام بتنفيذ سند تنفيذى معين عليه أن ينتظر حتى يصير هذا السند باتا وذلك حتى يتفادى قيام مسئوليته.

ومن جهة أخرى، فهذا الحكم لا يتمشى مع المنطق السليم، اذ كيف يخول القاون الشخصى حقا من الحقوق، فاذا مااستعمل الشخص حقه فانه يكون مسئولا عن هذا الاستخدام رغم أنه حسن النية، ورغم أنه لا يتعسف فى استعمال هذا الحق[٣].

وعلى كل حال فالأمر متروك لسلطة القاضى التقديرية فى اكتشاف سوء النية، أو التعسف فى استعمال الحق، للقول بقيام أو عدم قيام المسئولية التقصيرية عن تنفيذ الحكم والسندات التنفيذية.

المطلب الثالث

تقدير متى يعتبر الاجراء من اجراءات التنفيذ ومتى لا يعتبر كذلك

٤٢٢- الحجز هو وضع مال تحت يد القضاء لمنع صاحبه من أن يقوم بأى عمل قانونى أو مادى من شأنه اخراج هذا المال أو ثماره من ضمان الدائن الحاجز[٤].

---

(١) نقض مدنى ٢٧/ ٣/ ١٩٦٤ مجموعة النقض، س ٢٠، ص ٥٠٨.

(٢) نقض مدنى ٢٣/ ٥/ ١٩٦٧ مجموعة النقض، س ١٨، ص ١٠٨٤.

(٣) راجع الباب الأول من هذا المؤلف فى التعسف فى استعمال الحق وفى سوء النية وكيفية قيام القاضى بتقديرهما.

- أبو الوفا، التنفيذ، ص ٦٠ - ٦٣.

(٤) فتحى والى، التنفيذ، ط ١٩٧٢، ص ٢١٢.

والحجز اجراء ضروري لا تتصور خصومة نزع ملكية بغيره. وهو يهدف الى:

١- تحديد الأموال التى ستنزع ملكيتها من بين أموال المدين، فاذا كانت جميع أموال المدين تعتبر كقاعدة محلا لضمان لادائن ويمكن لهذا التنفيذ عليها، فان نزع الملكية يرد عليمال أو أموال معينة منها.

ومهمة الحجز هى تحديد هذه الأموال.

٢- التحفظ على هذه الأموال بتقييد سلطات المدين عليها، حتى يستطيع الدائن أن يستوفى حقه منها.

ويعتبر الحجز بداية التنفيذ الجبرى بنزع الملكية[١].

ومن جهة أخرى يرى البعض أن الحجز يعتبر المرحلة الأولى فى التنفيذ الجبرى، وينظر اليه باعتباره عملاً قانونى له طبيعة المركز القانونى[٢].

والحجز كعمل قانونى يهدف الى اخضاع مال معين من أموال المدين لاجراءات التنفيذ الجبرى، والحجز أيا كان نوعه له أثر تحفظى بالنسبة للمال المحجوز، لأنه يهدف الى حفظ المال المحجوز من أى تغيير مادى أو قانونى يضر بحق الدائن الحاجز.

وغاية الحجز هى التى تحدد طبيعته وما اذا كان حجزا تنفيذيا، أو حجزا تحفظيا.

وبالنسبة للحجز باعتباره مركزا قانونيا، فانه بمجرد توقيع الحجز تترتب مجموعة من الآثار القانونية الاجرائية والموضوعية بالنسبة للمال المحجوز.

والسؤال هو ما هى الأعمال التى تودى الى حجز مال معين للمدين وبالتالى تعتبر اجراء من اجراءات التنفيذ الجبرى؟

الاجابة واضحة، وهى أن أى عمل قانونى يرتب عليه المشرع اعتبار مال معين للمدين محجوزا يعتبر عملا من أعمال التنفيذ.

---

(١) فتحى والى، التنفيذ، ص ٢١٢.

(٢) وجدى راغب. التنفيذ، ص ١٥٠ - ١٥٥.

ولكن ما هى هذه الأعمال التى تؤدى الى اعتبار المال محجوزا؟ هنا مناط البحث فى هذا المطلب.

٤٣٠- ثارت هذه المشكلة فى نطاق الأعمال الداخلة فى مرحلة التنفيذ الجبرى، لأنه من المهم بمكان تحديد متى يعتبر الاجراء من اجراءات التنفيذ وبذلك يسرى النظام القانونى لهذا الأخير عليه. ومتى لا يعتبر من اجراءات التنفيذ وبالتالى لا يندرج داخل نظامه القانونى.

فقد ذهب رأى الى القول بأن التنبيه بنزع ملكية العقار يعتبر اجراء من اجراءات التنفيذ العقارى.

والعلة فى ذلك هى أن التنبيه يعلن على الكافة عن طريق تسجيله. كما أن هذا التنبيه يشتمل على تحديد لمحل التنفيذ. وبما أنه يشتمل على محل التنفيذ فلا يمكن وفقا لهذا الرأى أن يعد مجرد مقدمة منمقدمات التنفيذ. فمقدمات التنفيذ لا تحدد محله، بل يمكن أن تتم دون أن يوجد أى محل صالح للتنفيذ الجبرى[1].

ومع ذلك يقرر هذا الفقه أنه اذا كان التنبيه بنزع الملكية بداية التنفيذ العقارى، فانه لا يعتبر فى التشريع المصرى حجزا للعقار، فحجز العقار وفقا لهذا الرأى يتكون من عمل قانونى مركب هو التنبيه وتسجيله، وبالتالى لا يرتب التنبيه اثار الحجز[2].

وكان التنبيه بنزع الملكية فى القانون الفرنسى يعتبر مجرد مقدمة للتنفيذ، ولكن تدخل المشرع بعد ذلك سنة ١٩٣٨ وجعل التنبيه بداية للتنفيذ العقارى[3].

٤٣١- ومن جهة أخرى ذهب فقه آخر الى القول بأن التنبيه بنزع الملكية لا يرتب آثار الحجز، وهو ما ينتهى اليه الرأى السابق[4]، وبالتالى لا يعتبر اجراء من اجراءات التنفيذ.

---

(١) فتحى والى، التنفيذ، ص ٣١٨.
(٢) فتحى والى، التنفيذ، ص ٣١٨.
(٣) فتحى والى، التنفيذ، ص ٣١٩.
(٤) أبو الوفا، التنفيذ، ص ٦٤٤.

والسبب فى ذلك أن الاجراء الذى يعتبره المشرع بداية لاجراءات التنفيذ يجب أن ينتج أثره فى اعتبار المال محجوزا أيا كان نوع الحجز.

ويرد هذا الفقه على الرأى الأول بأنه ليس ثمة ما يمنع من اعتبار التنبيه بنزع الملكية من مقدمات التنفيذ ولو اشترط المشرع أن يتضمن بيان العقار المراد التنفيذ عليه.

والواقع أن ترتيب اثار الحجز لا يتم الا من لحظة تسجيل التنبيه بنزع الملكية، ففى هذه الحظة بالذات يعتبر العقار محجوزا وموضوعا تحت يد القضاء.

وبناء على كل هذه المقدمات يتعين أن يبحث القاضى فى كل حالة على حدة عن طبيعة الاجراء المثار أمامه، وما اذا كان يولد آثار الحجز أم لا. فاذا ولدها كان الاجراء من اجراءات التنفيذ الجبرى، كذلك اذا تعلق الاجراء بهذا الحجز أو بآثاره أو باجراءاته فانه فى جميع هذه الحالات يعتبر بالفعل من اجراءات التنفيذ الجبرى.

أما اذا كان الاجراء المتخذ لا يولد آثار الحجز ولا يتعلق بها وجودا وعدما فانه لا يعتبر من اجراءات التنفيذ، وبالتالى لا يخضع للنظام القانونى لهذه الاجراءات. ويتولى القاضى تقدير كل ذلك.

وبهذا ينتهى الفصل الثانى من هذا المؤلف، وننتقل لدراسة الفصل الثالث والأخير والخاص برقابة محكمة النقض على اعمال القاضى لسلطته التقديرية.

الفصل الثالث
رقابة محكمة النقض على اعمال القاضي
لسلطته التقديرية

٤٣٢- سبق لنا فى مؤلفات أخرى تناول رقابة محكمة النقض[١] على الأحكام القضائية، وليس هنا محل دراسة هذا النوع من أنواع الرقابة، ومع ذلك سوف نشير فى ايجاز الى جوهر ومضمون هذه الرقابة تمهيدا لبحث رقابة محكمة النقض على اعمال القاضى لسلطته التقديرية.

والسؤال الهام فى بداية هذه الدراسة هو هل تمارس محكمة النقض رقابة فعلا على أعمال القاضى لسلطته التقديرية أم أن هذه الرقابة مفقودة تماما. هذا السوال تتضح الاجابة عليه من البحث التالى.

واذا كانت هناك رقابة على السلطة التقديرية للقاضى، فما هى الأدوات التى تمارس بها وعن طريقها محكمة النقض هذه الرقابة، وما هو الفرق بين هذه الرقابة وبين تلك التى تمارسها هذه المحكمة على اعمال القاضى لسلطته القضائية؟ من هذا البحث تتضح الاجابة على هذه الأسئلة.

ثم ما هو الهدف من هذه الرقابة التى تمارسها محكمة النقض على اعمال القاضى لسلطته التقديرية، هل هو نفس الهدف المراد التوصل اليه عن طريق مراقبة اعمال القاضى لسلطته التقديرية، هل هو نفس الهدف المراد التوصل اليه عن طريق مراقبة اعمال القاضى لسلطته القضائية، وألا تكفى هذه الرقابة الأخيرة؟

ولهذا نقسم هذا الفصل الى المباحث التالية:

المبحث الأول: مضمون الرقابة على السلطة التقديرية وتحديد نطاقها بالنسبة للرقابة على السلطة القضائية.

المبحث الثانى: وسائل هذه الرقابة.

---

(١) نبيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، منشأة المعارف ١٩٨٠.

المبحث الأول
مضمون الرقابة على السلطة التقديرية
وتحديد نطاق هذه الرقابة

٤٣٣- نتولى فيما يلى دراسة المسائل الآتية :

المطلب الأول: معنى رقابة محكمة النقض على الأحكام القضائية بوجه عام.

المطلب الثانى: معنى الرقابة على السلطة التقديرية للقاضى.

المطلب الثالث: نطاق هذه الرقابة بالنسبة للسلطة التقديرية.

المطلب الأول
معنى رقابة محكمة النقض
على الأحكام القضائية بوجه عام

٤٣٤- تراقب محكمة النقض الأحكام القضائية القابلة للطعن بهذا الطريق للتأكد من صحة اعمال القانون على الواقع المطروح على محكمة الموضوع التى أصدرت الحكم المطعون فيه(١).

وعلى ذلك فالوظيفة الأساسية لمحكمة النقض تنصب على بحث القاعدة القانونية المختلف عليها، وتفسيرها، وتطبيقها سواء ما تعلق منها بالقواعد الموضوعية، أو بقواعد الاجراءات، وما اذا كانت هى القاعدة التى كان يجب الأخذ بها فى النزاع المطروح من عدمه.

وكذلك البحث فيما اذا كان الحكم المطعون فيه قد أخفق فى فهمها أو فى تطبيقها على الواقع المستخلص فى الدعوى أو أصاب الفهم السليم كما نراه محكمة النقض.

وكذلك تختص محكمة النقض بنظر ما اذا كانت القواعد الشكلية التى أوجب القانون اتباعها فى الحكم وفى الاجراءات قد روعيت أم لا. على ضوء ذلك تحكم برفض أو بقبول الطعن. واذا قبلت الطعن ونقضت الحكم فأنها تحيل القضية الى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيه من

---

(١) - Gabriel Marty: La distinction du fait et du droit. Thèse Paris. 1929.

- F. Rigaux: la nature du Contrôle de la Cour de Cassation. Bruxelles. 1966.
- Faye: La Cour de Cassation. 1960.
- Motulsky: Le manque de base lègale ... j. c. p. 1949. I. 775.
- Motulsky: Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. Thèse. Lyon. 1948. p. 74.
- حامد ومحمد فهمى، النقض فى المواد المدنية والتجارية ١٩٣٧، ص ٥٠.
- عبدالعزيز خليل البديوى: الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الادارية العليا. رسالة، عين شمس ١٩٧٠، ص ٤ وما بعدها.

جديد طبقا للقواعد التى قررتها فى المسألة القانونية محل الطعن، دون أن تتصدى، كقاعدة، للحكم فى الدعوى الا فى أضيق نطاق[١].

ومحكمة النقض لا تتطرق لبحث الوقائع أو نقض الحكم بسببها. وسنرى من بعد مدى صحة ذلك، وانما تقوم وظيفتها على أساس من المصلحة العامة التى تتمثل فى ازالة الخلاف فى فهم القانون وتطبيقه تطبيقا صحيحا على المنازعات القضائية[٢].

ويلاحظ أن سلطة محكمة النقض فى نظر الطعون المرفوعة اليها تكون واحدة، بالنسبة للطعون التى ترفع اليها سواد كانت مدنية أو جنائية، وأن الوقائع بالنسبة للجنايات تنظر فى مصر على درجة واحدة وتنظر فى الجنح على درجتين. أما القانون فينظر بالنسبة للجنايات على درجتين، وبالنسبة للجنح ينظر على ثلاث درجات[٣].

وبناء على ذلك فان محكمة النقض لا تنظر فى غير الأسباب التى بنى عليها الطعن فى الحكم والمدونة فى صحيفة الطعن كما أنها لا تقبل من الطاعن التمسك بأسباب أخرى أمامها غير التى ذكرت فى هذه الصحيفة[٤].

وبالنسبة لأسباب الطعن بالنقض فاننا نلاحظ أن هذا الطعن لا يكون الا لأسباب معينة ترجع كلها الى الخطأ فى تطبيق القانون، سواء كان ذلك بالنسبة للقواعد الموضوعية أو القواعد الاجرائية[٥].

وبالنسبة لأثر الطعن بالنقض فاننا نجد أنه لا يطرح غير المسألة القانونية التنازع عليها وفى حدود الأسباب التى ذكرت فى صحيفة الطعن. ولا أثر للنقض على تنفيذ الحكم كقاعدة عامة.

---

(١) عبدالعزيز البديوى، المرجع السابق، ص ٥ - ٩/ فتحى والى، الوسيط، ص ٨١١.
(٢) أحمد مسلم، المرافعات، ص ٦٨٠.
(٣) على زكى العرابى، المبادئ الأساسية للاجراءات الجنائية، ط ١٩٣٩، ص ٢٢٤/ عبدالعزيز البديوى، المرجع السابق، ص ٥.
(٤) أحمد مسلم، ص ٦٨٥/ رمزى سيف، الوسيط فى قانون المرافعات، ص ٦٨٠.
(٥) أحمد مسلم ونصر الدين كامل، مدونة الفقه والقضاء، جـ ٢، ص ١٧١.

ومحكمة النقض ليست درجة من درجات التقاضى كقاعدة عامة، فهى تقتصر على بحث الوجوه القانونية المثارة فى الطعن ولا تتطرق الى غيرها.

وبناء على كل ما تقدم فان محكمة النقض تفترض صحة الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه ايجابا أو نفيا.

والطعن بالنقض هو طريق طعن غير عادى يواجه أحكاما معينة، مطعونا عليها لأباب معينة. وعلى ذلك فهذا الطريق من طرق الطعن يطرح على محكمة النقض مسألة جديدة لم يسبق أن نظرتها محكمة الموضع، هذه المسألة هى البحث حول مخالفة الحكم للقانون[١].

هذه هى الفكرة الأساسية لمعنى رقابة محكمة النقض على الأحكام القضائية بوجه عام. هذه الفكرة تكون واحدة فى المواد المدنية والمواد الجنائية، على خلاف النقض الادارى أمام المحكمة الادارية العليا التى تعتبر فى صحيح النظر محكمة موضوع من جميع الوجوه[٢].

وننتقل بعد هذه المقدمات العامة الى دراسة مناط الرقابة على سلطة القاضى القضائية التى تتجسد فى اصداره للعمل القضائى.

المطلب الثانى

معنى الرقابة على السلطة التقديرية

٤٣٥- سبق لنا اثبات قيام السلطة التقديرية للقاضى، كما ثبت لنا أنها سلطة فعالة لدى القاضى فى فهم الواقع واعمال القانون عليه. وأشرنا الى أن القاضى يمارس هذه السلطة التقديرية فى كل لحظة من لحظات نشاطه القضائى.

ولن نعود الى ذلك مرة أخرى، وانما نتولى الآن تحديد معنى الرقابة على اعمال القاضى لسلطته التقديرية.

هناك فى الفقه والقضاء قاعدة راسخة معناها أنه: لا رقابة لمحكمة

(١) فتحى والى، الوسيط، ص ٨١٢.

(٢) راجع بالتفصيل رسالة، عبدالعزيز البديوى وبالذات ص ٣٣٠ وما بعدها.

النقض اذا لم يكن من القاضى الا أنه تصرف بسلطته التقديرية المعترف بها قانونا، فى حدود هذه السلطة وعد اجتماع شروط التصرف بها.

كما أنه من المقرر أيضا فى هذا الصدد أنه لا سبيل لمعرفة الأحوال التى يكون فيها لقاضى الدعوى الخيار فى الحكم فى الدعوى بأحد الوجهين الا استخلاصها من القانون نفسه بما اعتاد الشارع استعماله من التعبيرات من نحو قوله: «يجوز»، أو «للقاضى» أو «عند الاقتضاء» أو «حسب الظروف»[1].

كما أنه من المقرر لدى الجمهور أنه لا يدخل فى معنى السلطة التقديرية ما يقوم به القاضى منتقديرات عند تفسير القواعد التشريعية أو عند تكييف القواعد الأساسية. فالقاضى فى هذه الحالات ليس حرا فى أن يريد أو لا يريد وفقا لتقديراته هو، وانما هو يقدر فعلا ما يريده المشرع، ويقوم من أجل هذا بعمليات منطقية أو تقديرات فنية[2].

٤٣٦- وبالنسبة لنا فقد سبق ضرب الأمثال، وبيان حالات تطبيقية يمارس فيها القاضى سلطته التقديرية، ثم قمنا بتحليل هذه التطبيقات الى عناصرها الأولية وبينا اثارها الموضوعية والاجرائية. وذكرنا مدى الارتباط القائم بين القواعد الموضوعية من جهة، والقواعد الاجرائية من جهة أخرى. فهل بعد كل هذا نستطيع القول بصدق وفعالية ما ذهب اليه الجمهور؟ هذا هو السؤال.

اذا ما حاولنا الاجابة على هذا السوال، فاننا نعود من جديد لايضاح معنى السلطة التقديرية بالنسبة لمجال آخر غير مجال القانون الخاص، ونقصد بذلك مجال الاثبات فى المواد الادارية وهى من مواد القانون العام،

---

(١) نقض مدنى ٩/ ٣/ ١٩٦١ مجموعة النقض، س ١٢، ص ٢١٢/ نقض مدنى ٢١/ ٢/ ١٩٦٢ مجموعة النقض، س ١٣، ص ٢٨٥/ نقض مدنى ١١/ ١١/ ١٩٦٥ مجموعة النقض، س ١٦، ص ١٠٠٩/ استئناف الاسكندرية ٣١/ ٣/ ١٩٦٢ المجموعة الرسمية، س ٦٠، ص ٦٩٢.

(٢) محمد وحامد فهمى، النقض، ص ٢٤٤.

وهذا لا يعتبر خروجا على منهج الدراسة فى هذا البحث فقد سبق القول أن طبيعة السلطة التقديرية واحدة فى جميع فروع القانون(١).

من الثابت أن القاضى الادارى هو سيد التحضير والأمين على سير الاجراءات في لادعوى، وتحكمه أفكار عامة تميز دوره الاجرائى بخصائص معينة تترك آثارها بشأن وسائل التحضير أو الاثبات. فالقاضى يقرر فى ضوء حالة الملف مدى مناسبة الاستعانة بوسائل الاثبات.

ثم هو الذى يقدر الوسيلة المناسبة من بين الوسائل المتعددة سواء كانت وسيلة عامة أو وسيلة تحقيقية. وفى حالة الالتجاء الى وسيلة الاثبات التى يراها مناسبة، فانه لا يتنازل عن سلطته التقديرية، اذ يمكنه الأمر بوسيلة تكميلية للاثبات فى حالة لزومها.

ما أنه لا يلتزم بالنتيجة التى انتهت اليها الوسيلة التى باشرها باعتبارها معاونة له على الوصول الى الحقيقة(٢)، بحيث اذا توصل اليها من أوراق الملف فله طرح النتيجة التى انتهت الها وسيلة الاثبات التى قررها واعتناق ما يطمئن اليه مما استخلصه استخلاصا سائغا من الأوراق.

٤٣٧- والأصل أن القاضى الادارى حر فى نطاق الاثبات وله مطلق السلطة التقديرية فى الاستعانة بوسائل الاثبات. فهو يقدر بحرية ما اذا كانت البيانات الموجودة بالملف كافية للفصل فيها دون انتظار أى اجراء آ]ر، أم أنه يتعذر الفصل فى النزاع المعروض قبل ايداع بعض المستنات والحصول على بعض المعلومات التى تتعلق بواقعة محددة أو أكثر، وبالتالى يكون من المناسب الالتجاء الى وسائل الاثبات، وبذلك يحدد القاضى ابتدا مدى الحاجة الى هذه الوسائل.

وبعد أن يقدر القاضى الحاجة الى الاستعانة بوسائل الاثات، فانه يقدر ثانية ما اذا كانت الوسيلة المناسبة هى من الوسائل العامة أم من وسائل

---

(١) أحمد كما الدين موسى، نظرية الاثبات فى القانون الادارى ١٩٧٧، ص ٢٣٩/ سليمان مرقص، أصول الاثبات فى المواد المدنية ١٩٥٢، ص ٥٠.

(٢) محكمة القضاء الادارى ٢٨/ ١٢/ ١٩٥٢، س ٧، ص ٢٢٩/ محكمة القضاء الادارى ١٠/ ٥/ ١٩٥٣، س ٧، ص ١١٢٦/ محكمة القضاء الادارى ٨/ ٣/ ١٩٥٥، س ٩، ص ٣٥٣.

التحقيق كالخبرة والمعاينة. فاذا انتهى القاضى من تحديد نوع الوسيلة وما اذا كانت عامة أو تحقيقية، فانه يبدأ فى تحديد الوسيلة ذاتها أى يقرر اجراء الخبرة أو المعاينة أو التكليف بالمستندات الى غير ذلك وهذا كله فى ضوء طبيعة المنازعة والبيانات الناقصة.

والقاضى الادارى فى ممارسته لسلطته التقديرية ف تحديد وسيلة الاثبات المناسبة لا يتقيد بطلبات الطرفين، حيث تعتبر رغبتهما مجرد استئناس له، دون التزام يقع عليه بالاستجابة اليها، فضلا عن أنه يمارس سلطته ولو لم يطلب أى طرف الاستعانة بوسيلة معينة للاثبات[1].

وقد سبق القول أن القاضى لامدنى يتمتع بذات هذه السلطة التقديرية. وفى هذا المجال تتجه سلطات القاضى المدنى الى الايجابية على نحو يشبه سلطات القاضى الادارى، وتنبع فكرتها من طبيعة الوظيفة القضائية ومقتضياتها والتزام القاضى بالفصل فى الدعوى على أساس دراية كاملة بالوقائع.

ويقدر توفيق القاضى وحسن تقديره فى اختيار الوسيلة الملائمة للاثبات، بقدر نجاحه فى الفصل فى المنازعة والقيام بواجبه الوظيفى.

٤٣٨- على أن سلطة القاضى الادارى التقديرية فى الأمر بوسائل الاثبات ليست مطلقة ولكنها تخضع لرقابة قاضى الاستئناف اذا كان موجود.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بوصفه محكمة استئناف بأنه يمكن رقابة تقدير المحكمة الادارية بشأن ملاءمة اجراد الخبرة لعى أساس الخطأ فى القانون، أو على أساس عدم صحة الوقائع ماديا[2].

ومن جهة أخرى فان قاضى الاستئناف الادارى فى حالة وجوده يراقب مدى فائدة أو جدوى وسيلة الاثبات التى أمر بها القاضى فى أول درجة، فى

---

(١) الادارية العليا ٢٤/ ٥/ ١٩٥٨، س ٣، ص ١٢٧٦/ الادارية العليا ٢١/ ٩/ ١٩٦٠، س ٥، ص ١٢٧٩/ الادارية العليا ٨/ ١٢/ ١٩٦٢، س ٨، ص ١٩٢.

(١) أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

حين تقتصر رقابة قاضى النقض على ما اذا كان قاضى الموضوع قد ارتكب خطأ قانونيا عند الامر بوسيلة الاثبات.

مثال ذلك أن القاضى فى حالة الأمر بالخبرة لا يملك أن يطلب من الخبير أ يوضح سوى المسائل المتعلقة بالوقائع، مع استبعاد المسائل القانونية استبعادا تاما عن نطاق مهمة الخبير الفنية لدخولها فى اطار المهمة القانونية للقاضى. وأى خبرة بشأن مسألة قانونية تعتبر غير منتجة وزائدة ومخالفة قانونا لطبيعة الخبرة.

على أساس هذه الرقابة استقر القضاء الادارى. ذلك أن القول بوجوب اقتصار القاضى على الأمر بوسائل الاثبات المنتجة يؤدى الى اقرار رقابة قاضى الاستئناف ملاءمة تقدير قاضى أول درجة بخصوص مدى الحاجة الى الأمر بالوسيلة المناسبة، كما يؤدى الى اقرار الرقابة على الخطأ القانونى الذى قد يقع فيه قاضى أول درجة.

هذه هى سلطة القاضى الادارى التقديرية فى مجال واحد هو مجال الاثبات فى الدعاوى الادارية. وقد رأينا أنه يخضع لرقابة محكمة الاستئناف عند اعماله للسلطة التقديرية المخولة له. كما أنه يخضع لرقابة النقض عند اعماله لهذه السلطة فى حالة ارتكابه أخطاء قانونية، اذا مبدأ الرقابة على السلطة التقديرية قائم وموجود فى نطاق القانون الادارى.

٤٣٩- فما هو اذا معنى الرقابة على السلطة التقديرية فى مجال القانون الخاص؟

فى دراسة عن تسبيب الأحكام وأعمال القضاة ذهب بعض الفقه[٢]، الى القول بأن القاضى وظيفته تتلخص فى أن يحكم وفقا للقانون. وأن ارادته ليست منعدمة عند مباشرته لوظيفته القضائية. فالقول بانعدام ارادة القاضى يؤدى الى انعدام السلطة القضائية ذاتها[٣].

والأصل هو تمتع القاضى بالسلطة عند مباشرة وظائفه، والأصل كذلك

(١) أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(٢) عزمى عبدالفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، ط ١ - ١٩٨٣، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٣) نقض مدنى ٣١/ ٣/ ١٩٧٦ مجموعة النقض، س ٢٧، ص ٨٢٣.

أن هذه السلطة ليست مطلقة ولا كاملة، فاذا كان القاضى يملك أن يقيم وأن يختار، فانه لا يملك الحرية فى أن يختار على أى نحو يكون. فالسلطة الممنوحة للقاضى ليست ممنوحة له كى يباشرها على هواه، ولكنها تمنح له كى باشر الوظيفة المسندة لايه على نحو مناسب وصحيح، فسلطته لها أهداف محدودة ينبغى أن يسعى الى تحقيقها وأن يباشر سلطته طبقا لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة[1].

ومن جهة أخرى فان القانون لا يريد أن تكون سلطة القاضى تحكمية. والتسبيب هو الشيء الوحيد الذى يحقق ذلك لأنه يؤدى الى اخفاق أى تحكم قد يحدث من القاضى، وهو الضمان على أن القاضى قد باشر سلطته بشكل صحيح ولم يتنازل عنها أو يسيء استخدامها. لذلك يمكن القول أن سلطة القاضى هى المبرر لتقرير الالتزام القانونى للتسبيب وأنه وكما يقول البعض بحق فان سلطة القاضى كافية بذاتها لتبرير التسبيب[2].

ويرى هذا الفقه أن سلطة القاضى تواجه فروض ثلاث:

الأول: هو عدم وجود سلطة تقديرية للقاضى، الثنى: هو وجود السلطة التقديرية بشكل مطلق وبدون أية قيود، الثالث: هو وجودها بشكل واسع غير مطلق.

وبناء على هذه الفروض النظرية التى يطرحها هذا الفقه، يحدد التزام القاضى بالتسبيب، ففى الفرض الأول لا تكون هناك حاجة للتسبيب لأن القاضى لا يملك أية سلطة تحتاج الى تبرير. واذا كنا ازاء الفرض الثانى فان القانون يطلق يد القاضى ولا حاجة أيضا للتسبيب.

أما اذا كان الفرض الثالث، ويراه هذا الفقه، أنه الوضع المعتاد الذى يباشر فيه القاضى سلطته، فان التسبيب يكون لازما[3].

٤٤٠- هذا المنطق يخالف كما هو واضح ما سبق لنا اثباته من قبل من

(١) عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٤.
(٢) عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٤.
(٣) عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٥.

ان القاضى يتمتع بسلطة تقديرية فى فهم الواقع وفى اعمال القانون سواء كان مكتوبا أو عرفيا أو اذا رجع الى قواعد العدالة ومبادئ القانون الطبيعى.

وتحليلنا السابق يثبت هذا. القاضى بحكم وظيفته لاقضائية وبحكم النظام القانونى الذى يعمل فى اطاره يتمتع بسلطة تقديرية، ليس فقط حينما يرخص له القانون بذلك، وليس فقط حينما توجد عبارات تفيد منحه رخصة التقدير، وليس فقط فى بعض المجالات دون البعض الآخر، وانما للقاضى فى جميع الحالات سلطة تقديرية فى فهم الواقع وسلطة تقديرية فى فهم القاون، وهذا ما تم لنا اثباته فيما مضى.

هذه السلطة التقديرية لا توصف بأية أوصاف، فهى سلطة تقديرية وحسب، ولا نرى ما يراه الفقه السابق من أن هذه السلطة التقديرية مطلقة أودون قيود، كما لا نرى أيضا القول بأن هذه السلطة التقديرية من الممكن أن توصف بأنها: «سلطة تقديرية بشكل واسع غير مطلق».

مثل هذه العبارات هى فى رأينا أوصاف غير حقيقية لشيء واحد، هذا الشيء هو سلطة القاضى التقديرية، وكل قاض يتمتع فى آن واحد بسلطة قضائية وسلطة تقديرية. هذه الأخيرة تخدم الأولى، ولا يمكن اعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون.

هذا التقدير المسبق يمهد للتكييف القانونى، الذى يمهد هو أيضا لاعمال السلطة القضائية واصدار العمل القضائى.

٤٤١- ومع ذلك يعود بعض الفقه[1] الى القول بأن السلطة التقديرية الكاملة ليست هى الأصل فى سلطة القضاة. وهذا فى رأينا خطأ، لأن القاضى فى جميع الحالات له الى جانب سلطة القضاء سلطة التقدير. أى أنه يوجد تعاصر زمنى فى اعمال السلطتين، كما أن ولاية القضاء تحتوى ولاية التقدير أو سلطة التقدير فى ذات الوقت. وما سبق لنا دراسته فى الفصل الأول والثانى بصدد الدراسة التطبيقية لاعمال القاضى لسلطته التقديرية خير شاهد على صحة مانقوله.

واذا كان بعض الفقه يرى أن العمل التقديرى البحت لا يوجد لأن

---

(١) عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٨.

الأصل أن العمل القضائى عمل مقيد. وحتى فى الحالات التى تتسع فيها سلطة القاضى ويقضى بالعدالة أو بناء على ادلة اقناعية بحتة فانه يظل مقيدا بغاية العمل وبطلبات الخصوم[1].

هذا الكلام صحيح، فى الحدود التى سبق لنا ذكرها وهى أن القاضى يستخدم سلطته التقديرية الموجودة دائما بهدف اعمال سلطته القضائية. فلا يوجد فعلا عمل قضائى تقديرى بحت، فالتقدير يتم بهدف اصدار العمل القضائى، ولا يوجد عمل قضائى دون أن يسبقه تقدير كما سبق وأثبتنا ذلك فيمامضى.

ومن جهة أخرى يرى بعض الفقه[2] أنه اذا كان القاضى لا يلتزم بالتسبيب اذا كان يتمتع بسلطة ذات طابع تقديرى محض، فانه ينبغى عدم الخلط بينها وبين سلطة القاضى فى التقدير. ويرى أنه عندما يباشر القاضى اللطة الأولى لا يلتزم ببيان الأسباب، وهى تتحقق اذا أعطى القانون للقاضى حرية اختيار الحل الذى يراه اذا ما ثبتت الشروط الواقعية والقانونية لحالة معينة.

أما سلطة القاضى فى التقدير فانها يجب أن تسبب، فاذا قرر القاضى جعل الجلسة سرية على سبيل المثال فانه يجب أن يسبب حكمه فى هذا الشأن.

وفى رأينا أن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية، وهو يتمتع بهذه السلطة فى جميع الحالات التى يتصدى فيها لاعمال سلطته القضائية، بل ان المنطق الصحيح ذاته يقود الى هذه النتيجة، فاعمال السلطة القضائية لا يتصور أن يتم أو يقع دون أن يسبقه تقدير. هذا التقدير ضرورى لاعمال القانون، وبالتالى استنفاذ القاضى لولايته.

أما البحث عن الالتزام أو عدم الالتزام بالتسبيب فيجب أن يتجه وجهة أخرى، غير التعرض لسلطة القاضى التقديرية.

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٣٥٢.

(٢) عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٨.

وعلى ذلك ينبغى استبعاد مسألة تمتع القاضى بسلطة تقديرية كاملة أواطلاقية[1]، فمثل هذه السلطة لا يعرفها القاضى ولا تشملها ولاية القضاء. لأن معنى تمتع القاضى بسلطة تقديرية اطلاقية يجب أن يؤدى بالضرورة - فى رأينا - الى امكانية وجود عمل قضائى تقديرى بحث، وهذه الصورة من صور العمل القضائى لا يعرفها القانون المعاصر فى ظل أنظمته الحالية، وان كان لا يوجد ما يمنع الخيال العلمى من تصور مثل هذا العمل[2].

٤٤٢- ويرى بعض الفقه[3] أن التسبيب يكون لازما عندما يزاول القاضى سلطته التقديرية فحسب، ويقصد بكلمة فحسب، عندما تكون هذه السلطة غير مطلقة كما يسميها.

وينتقد هذا الفقه موقف محكمة النقض المصرية من القول بأن السلطة التقديرية من اطلاقات قاضى الموضوع، ثم تشترط فى ذات الوقت أن يكون تقديره مبنيا على أسباب سائغة[4]. ويرى هذا الفقه أن التسبيب يكون لازما فقط عندما يباشر القاضى سلطة عادية أو تقديرية، ولا يوجد حيث تنعدم سلطة لاقاضى أو حيث تتسع فتصل الى حد الاطلاق.

وحقيقة الأمر كما نراها أن محكمة النقض تقصد بالأسباب السائغة، ضرورة أن يذكر القاضى مصادر تكوين واعمال سلطته التقديرية من حيث الواقع ومن حيث القانون. فاذا كان القاضى يتمتع فى جميع الأحوال بسلطة تقديرية، فعليه أن يبين «المواد» أى «المادة الأولية» التى خضعت لهذا التقدير. ولن يتم ذلك الا اذا بين أسباب التقدير. فمن هذه الأسباب تستخلص محمة النقض عناصر رقابتها على هذه السلطة التقديرية.

ومع هذا يعود هذا الفقه الى تأكيد ما نقوله نحن، عندما يذكر:

«وحيث أن سلطة القاضى ليست قاصرة على مجرد اصدار الأحكام، لذلك نؤيد - يذكر هذا الفقه - التوسع فى التسبيب الذى سار عليه القانون الفرنسى الجديد. فيجب دائما ربط التسبيب بسلطة القاضى، ويقصد بذلك

---

(١) عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

(٢) وجدى راغب، الرسالة، ص ٢٥٢.

(٣) عزمى عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

سلطة القاضى التقديرية، تلك السلطة التى تظهر دائما عند اتخاذ القرار ولـ
كان القرار عملا ولائيا.

هذا التأكيد يؤكد عندنا صحة ما قلناخ، ويؤكد قيام السلطة التقديرية، ويوكد رقابة محكمة النقض على اعمال القاضى لهذه السلطة التقديرية.

وننتقل الآن الى دراسة نطاق الرقابة على أعمال القاضى لسلطته التقديرية.

المطلب الثالث

نطاق الرقابة على سلطة القاضي التقديرية

٤٤٣- يجب على القاضى أن يشرح أسباب تقديره. ويجب على القاضى أن يبين لنا لماذا قدر الواقع والقانون لعى هذا الوجه دون غيره من الوجوه. يجب أن يقدم القاضى الى محكمة النقض ما يساعدها على التأكد من سلامة التقدير. فالقاضى حر فى التقدير بشرط أن يثبت سلامته بما يتيح لمحكمة النقض وسيلة مراقبته.

ونطاق الرقابة على سلطة القاضى التقديرية يمتد ليشمل تقدير القاضى لمسائل الواقع، كما يشمل تقديره لمسائل القانون.

وبناء على ذلك فذات النشاط الذهنى الذى يقوم به القاضى لا يخضع لرقابة المباشرة لمحكمة النقض، وانما يخضع لرقابتها غير المباشرة عن طريق ما تقوم به هذه المحكمة من رقابة عناصر هذا النشاط سواء تعلقت هذه العناصر بمسائل الواقع أما بمسائل القانون.

وبناء على ذلك يرى البعض[1]، أن رقابة محكمة النقض ليست رقابة على رأى القاضى من حيث النتيجة التى انتهى اليها بالنسبة للوقائع، فهى لا تملك ذلك، وانما هى رقابة على طريقة تكوين هذا الرأى أو الأساس الذى يقوم عليه.

فحتى يحقق العمل القضائى غايته لابد أن يكون رأيه صحيحا من حيث

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٢١.

الواقع، ولكننا – كما يرى البعض – لا نملك وسيلة منضبطة للتحقق من صحة هذا الرأى. ولذا يتدخل القانون فى طريقة تكوين رأى القاضى فى الوقائع ويضع معيارا لصحتها.

فالقانون الاجرائى عندما يضع معيارا لصحة بحث القاضى فى الوقائع، انما يرمى الى أن يجعل نشاطه وسيلة ملائمة لبلوغ نتيجة صحيحة من ناحية الواقع.

وليست ضوابط التسبيب التى تقتضيها محكمة النقض الا أسس عامة لقواعد هذه الوسيلة الاجرائية.

فهذه الضوابط تفرض على سلطة القاضى التقديرية قيدا فى تحقيق وتقدير الوقائع. وبالتالى يمكن مراقبة القاضى للتحقق من أن رأيه قد جاء نتيجة معقولة لفحص جدى ودقيق لعناصر القضية. وأنه نتيجة اقتناع بمقدمات واضحة.

وهذا التحقيق يفترض من القاضى جهدا قانونيا مسبقا فى تفسير القانون لتحديد الوقائع الأساسية المجردة، وفى تكييف وقائع الدعوى بمقارنتها بتلك الوقائع.

ويتحدد نطاق رقابة محكمة النقض على اعمال القاضى لسلطته التقديرية عن طريق رقابتها على أسباب الحكم.

وهذا ما نتناوله فى المبحث الثانى الخاص بوسائل رقابة محكمة النقض لاعمال القاضى لسلطته التقديرية.

المبحث الثانى

وسائل رقابة محكمة النقض

لاعمال القاضى لسلطته التقديرية

٤٤٤- اذا كان الثابت أن محكمة النقض تراقب مسألة صحة تطبيق القانون فى الحكم القضائى الصادر، وذلك عن طريق رقابة الأسباب سواء الواقعية أو القانونية.

واذا كان الثابت أن رقابة محكمة النقض تمتد الى بحث القصور فى أسباب الحكم الواقعية، فان ذكل راجع لاى ضرورة التأكد من أن القانون قد طبق بالفعل على وقاع يستجيب له.

ورقابة محمة النقض هذه لا تمتد الى اعادة فحص واقع الدعوى بهدف الفصل فيه، بل ان هذه الرقابة تمتد الى التأكد فقط من قيام هذه الأسباب الواقعية، ومن صلاحيتها لاعمال القانون الذى طبقته محكمة الموضوع.

ولعل السبب فى ذلك يرجع لاى أن الأسباب الواقعية هى محور تطبيق القانون، اذ أنها تسمح بالتحقق من أن القانون طبق تطبيقا صحيحا. لأن قصور الحكم عن ايراد ما ثبت منوقائع الدعوى وظروفها وملابساتها لا يسمح باستخلاص الوقائع الأساسية المفترضة لاعمال القانون، وهذا يؤدى الى تعجيز محكمة الطعن عن التحقق من أن القانون طبقا تطبيقا صحيحا لأنه لا يمكن التحقق من صحة النتيجة التى يصل اليها القاضى بالنسبة للوقائع[١].

واذا كان كل ذلك صحيحا أو ثابتا بالنسبة لاعمال القاضى لسلطته القضائية، فهل مثل هذا المنطق يعتبر أيضا صحيحا بالنسبة لاعمال القاضى لسلطته التقديرية؟

وقد سبق لنا القول بأن السلطة التقديرية توجد دائما مع السلطة القضائية. وكل استعمال للأولى يتعاصر دائما مع الثانية. وأن اعمال السلطة القضائية غير متصور بدون اعمال السلطة التقديرية.

---

(١) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥١٥/ ابراهيم سعد، ص ٢٥٢/ وجدى راغب، مبادئ، ص٣٧٦/ أبو الوفا، التعليق، جـ ١، ص ٦٣٧.

فالسلطة التقديرية باعتبارها نشاط ذهنى ينصب على معطيات النزاع من واقع وقانون، توجد فى جميع الفروض، حتى فى الحالات التى يأتى فيها المشرع بتنظيم محكم لكافة الفروض والحالات، فهى ضرورة من ضرورات اعمال ولاية القضاء.

كما ذكرنا فيما مضى أن القاضى يتعين عليه تبرير تقديره، فهو لا يجرى سلطته التقديرية فى المجرد، أو فى فراغ، والا وصلنا من ذلك لاى التحكم.

وذكرنا أيضا أن ما يطلق عليه الفقه سلطة تقديرية مطلقة أ كاملة، هى مجرد أوصاف يجب أن تتجرد هذه السلطة التقديرية منها، فالسلطة هى سلطة تقديرية وحسب، كما أن السلطة القضائية هى أيضا سلطة قضائية وحسب.

وبناء على ذلك يتضح لنا من كل ما تقدم أن السلطة التقديرية التى يتمتع بها القاضى يتعين اخضاعها لرقابة محكمة النقض.

ولكن ما هى الوسائل التى تراقب بها محكمة النقض هذه السلطة التقديرية؟

٤٤٥- لدراسة هذه الوسائل يجب أن يكون واضحا فى الأذهان أن محكمة النقض اذ تراقب أسباب الأحكام، فهى تعمل هذه الرقابة بهدف التحقق من صحة تطبيق القانون فى العمل القضائى محل الرقابة. فهى اذ تراقب الأسباب فانها تراقب السلطة القضائية ذاتها بصدد صحة ما انتهت اليه من تطبيق القانون.

هذه الرقابة تشمل ما يسمى رقابة التكييف السابق التنويه عنها فى الباب الأول من هذه الدراسة.

ووسائل الرقابة على اعمال القاضى لسلطته التقديرية تجد مجالها أساسا فى الرقابة على أسباب الحكم القضائى.

ويقصد بالرقابة على السلطة التقديرية للقاضى عن طريق مراقبة الأسباب استيثاق محكمة النقض من أن تقدير القاضى الذى قام عليه التكييف لاقانون كان تقديرا صحيحا.

ويقصد بذلك مرة أخرى أن رقابة محكمة النقض على السلطة التقديرية للقاضى تتم عن طريق الرقابة التى تمارسها هذه المحكمة على سلطة القاضى القضائية.

لأن كل تقدير خاطئ يستتبع بالضرورة خطأ فى اعمال السلطة القضائية.

ولقد سبق القول أن التقدير الذى يقوم به القاضى يفترض جهدا قانونيا مسبقا فى تفسير القانون لتحديد الواقعة أو الوقائع الأساسية المجردة، وفى تيبف وقائع الدعوى بمقارنتها بتلك الوقائع. والسبب الموضوعى للعمل القضائى ينحصر ذاته فى تحقيق الواقعة الأساسية أى فى بناء وقائع الدعوى على نمط الواقعة الأساسية وتكوين رأى فى ثبوتها أو عدم ثبوتها[1].

ويرى البعض أن رقابة محكمة النقض على الأسباب تمتد الى تحليل القواعد القانونية لتحديد الواقعة الأساسية. وأن الخطأ فى تحديد الواقعة الأساسية المجردة أو فى تكييف وقائع الدعوى يعد خطأ فى تطبيق القانون أوتأويله لا يعيب الحكم الا اذا كانت النتيجة التى انتهى اليها مخالفة للقانون وكانت وقائع الدعوى معروضة على نحو يجعل محكمة النقض تتبين هذا الخطأ. وهذا يعنى أن سبب العمل القضائى يفترض الجهد القانونى للقاضى دون أن يتضمنه[2].

وفى رأينا أن هذا الرأى يتفق تماما مع ما نقول به فرقابة محكمة النقض على الأسباب الواقعية والقانونية بصدد السلطة التقديرية تتم من خلال جهد القاضى فى التقدير وذلك عن طريق مراقبة السلطة القضائية التى يتمتع بها هذا الأخير.

فاعمال السلطة القضائية يقتضى حسم مسائل الواقع ومسائل القانون المتنازعـعليـها. ولن يتم ذلك الا بعد تقدير قضائى ينصب على هذا الواقع وهذا القانون فى آن واحد.

---

(١) وجدى راغب، العمل القضائى، ص ٥٢٦.

(٢) وجدى راغب، المرجع السابق، ص ٥٢٦ هامش (٢).

٤٤٦- فالتقدير القضائى اذ يراقب من جانب محكمة النقض، فان هذه الرقابة تتم عن طريق مراقبة السلطة القضائية للقاضى، فاعمال السلطة القضائية لابد أن يستند على أسباب تبرره، داخل هذه الأسباب التى تخضع لرقابة محكمة النقض فى حدود ما يطرح عليها من طعن، تراقب هذه الأخيرة سلطة القاضى التقديرية.

والذى أدى الى عدم ظهور ووضوح فكراة الرقابة لعى السلطة التقديرية هو اندماجها فى الرقابة على السلطة القضائية، وعدم افصاح محكمة الطعن عن مضمون رقابتها فى الغالب الأعم من الحالات.

بل ان الشروط الواجب توافرها فى الأسباب الواردة كأساس للعمل القضائى، والتى تعتبر معيارا لصحته تعتبر أسبابا لاعمال القاضى لسلطته القضائية، ورغم ذلك فلا يخفى على أحد أن معيار صحة اعمال هذه السلطة القضائية يتوقف الى حد بعيد على مدى دقة وصحة اعمال القاضى لسلطته التقديرية.

وعلى ذلك فحينما يشترط فى أسباب الحكم أن تكون كافية، فان الفقه والقضاء يقصدان بذلك أن من واجب القاضى أن يقتصر على تحقيق الواقعة الأساسية فى الدعوى المطروحة أمامه، ولا يحقق من هذه الواقعة سوى النقاط التى يثيرها الخصوم، أو يجب أن يثيرها هو من تلقاء نفسه.

وفى هذا الصدد لا يلتزم القاضى ببيان أسباب اقتناعه وانما يكتفى ببيان مصادر تكوين هذا الاقتناع. بمعنى أن القاضى ليس ملزما ببيان النشاط الذهنى الذى قام به فى اعمال سلطته التقديرية، ويكتفى بدلا من ذلك ببيان المصادر التى منها استمد هذا التقدير.

وفى هذا المعنى توجد أحكام عديدة لمحكمة النقض المصرية نختار منها ما يؤيد وجهة نظرنا فى أن الذى لا تراقبه محكمة النقض من السلطة التقديرية هو فقط النشاط الذهنى الذى قام به القاضى، لأن القاعدة فى هذا المجال هى أن القاضى غير ملزم بيان أسباب اقتناعه. أما مصادر هذا

الاقتناع فهو ملزم فى جميع الحالات بذكرها، الا فى الأحوال التى يعفى فيها القاضى من تسبيب أحكامه[1].

قضت محكمة النقض فى هذا المجال بأن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها، هو مما يستقل به قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى تكوين عقيدته مما يدلى به شهود الطرفين ما دام لا يخرج فى ذلك عما تحتمله أقوالهم[2]. فيجب على القاضى أن يبين مصادر تقدير الأدلة واستخلاص الواقع، وهذه تخضع لرقابة محكمة الطعن، أما كيفية استخلاص الدليل فهو لا يخضع لرقابة محكمة الطعن، أما اذا كان هذا الاستخلاص لا يتمشى مع مصادره فالحكم يكون باطلا، لأن العمل القضائى هنا لا يقوم على أسباب كافية أو واضحة.

وهنا يتجلى معنى اختلاط الرقابة على السلطة التقديرية، بالرقابة على لاسلطة القضائية، كما يظهر بوضوح أن الخطأ فى التقدير يولد خطأ معاصرا وموازيا فى اعمال السلطة القضائية، وتراقب محكمة النقض كل ذلك عن طريق مراقبة أسباب الحكم. فهى تشترط ذكر المصادرالتى استمد منها القاضى عناصر تقديره، واذا كانت هذه المحكمة لا تراقب النشاط الذهنى التقديرى فى ذاته، فهى على العكس منذلك تراقب مصادر هذا النشاط.

٤٤٧- وحكم أيضا بأنه اذا كانت القرائن التى اتند اليها الحكم منشأنها أن تؤدى متساندة فيها بينها الى النتيجة التى انتهى اليها، فلا يجوز معه للطاعنين أن يناقشوا كل قرينة على حدة للتدليل على عدم كفايتها فى ذاتها[3].

وكون القرائن تؤدى متساندة فيمابينهاالى النتيجة التى انتهى اليها الحكم، يعتبر عملا تقديريا يقوم به القاضى، وهو فى هذا العمل غير ملزم

(١) عزمى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٥٠.
(٢) نقض مدنى ١٣/ ١/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٧٠.
- نقض مدنى ٣/ ٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٢٢١.
- نقض مدنى ٢٤/ ٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٢٩٥.
- نقض مدنى ٢٣/ ١٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، ٢١، ص ١٢٧٦.
(٣) نقض مدنى ١٣/ ١/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ٧٠.

ببيان أسباب اقتناعه، أى هو غير ملزم ببيان كيفية وصوله الى هذه النتيجة.

وبالتالى فهذه المسائل لا تخضع لرقابة محكمة النقض، أما مصادر هذه القرائن فيجب بيانها، واستلزم هذا البيان راجع الى ضرورة توافره لاعمال رقابة محكمة الطعن فى السلطة القضائية للقاضى بما تتضمنه من رقابة ضمنية على السلطة التقديرية للقاضى.

وحكم أيضا بأن تقدير القرائن القضائية هو مما تستقل به محكمة الموضوع، ولا شأن لمحكمة النقض فيماتستنبطه من هذه القرائن متى كان استنباطها سائغا. ولمحكمة الموضوع وهى تباشر سلطتها فى تقدير الأدلة أن تأخذ بنتيجة دون أخرى، ولو كانت محتملة متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله[1].

وهنا أيضا نلاحظ أن ذات سلطة التقدير، أى بيان القاضى لوسائل اقتناعه، أى بيان نشاطه الذهنى فى التقدير، كل هذه المسائل لا تخضع لرقابة محكمة الطعن. أما مصادرهذه السلطة التقديرية فيجب بيانها لأنها تخضع للرقابة. هذا الخضوع للرقابة يندمج فى رقابة النقض على اعمال سلطة القاضى القضائية، وهذا يتم عن طريق رقابة صحة اعمال القانون على الواقعة الأساسية فى الدعوى.

٤٤٨- والقاعدة التى يراها جمهور الفقه[2] هى الزام القاضى ببيان مصادر اقتناعه بالواقع دون بيان سبب هذا الاقتناع. ومعنى هذا الاقتناع. ومعنى ذلك أن الحكم يجب أن يتضمن فى أسبابه بيانا للأدلة التى أقام القاضى عليها اقتناعه، فضلا عن بيان دلالتها فى الحكم. ولذا يبطل الحكم الاشارة الى مصادر الاقتناع دون بيان مؤداها لأنه لا يحدد الدليل التى كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها.

وعلى ذلك فاذا ذكر القاضى فى حكمه أنه قد كون اقتناعه من المستندات والمذكرات وتقرير الخبير، فان مجرد الاشارة الى هذه العناصر

---

(١) نقض مدنى ١٥/ ١٢/ ١٩٧٠ مجموعة النقض، س ٢١، ص ١٢٥٠.

(٢) وجدى راغب، الرسالة، ص ٥٣٥/ محمد حامد فهمى، تسبيب الأحكام، ص ٦١٧/ رمزى سيف، الوسيط، ص ٧١٢/ أبو الوفا، الأحكام، ص ١٧٤.

دون بيان مؤداها يعد قصورا مبطلا للحكم، اذ لا يمكن معه تعيين الدليل الذى كونت منه المحكمة اقتناعها بوجهة نظرها.

والقاعدة وفقا لمبدأ سيادة اقتناع القاضى هى الأخذ بالاثبات الاقناعى، والاستثناء هو الاثبات القانونى، أى تحديد قوة قانونية للأدلة.

ولذا فان القاضى له سلطة تقديرية فى وأن الأدلة، وتقدير قيمتها وتقرير كفايتها أو عدم كفايتها فى الاقناع. ولايسأل فى هذا عن بيان أسباب اقتناعه، فهو ملزم ببيان مصادر اقتناعه وعناصره دون بيان أسبابه، لأن هذه الأسباب ليست فى حاجة الى تسبيب.

وفى كلمة واحدة نستطيع القول أن نشاط القاضى الذهنى التقديرى لا يخضع لرقابة محكمة الطعن، أما المصادر التى استمد منها القاضى عناصر تقديره فهى التى تخضع لرقابة محكمة الطعن. وتتم هذه الرقابة عن طريق رقابة الأسباب. وتختلط هذه الرقابة بالرقابة على سلطة القاضى القضائية.

واذ تراقب محكمة النقض مصادر السلطة التقديرية فهى فى الواقع تراقب مسألة صحة اعمال القانون. لأن هذا الاعمال لن يكون صحيحا اذا قام على تقدير خاطئ، لأن الخطأ فى التقدير يؤدى الى خطأ فى التكييف، وهذا الأخير يؤدى الى خطأ فى اعمال القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض.

والدليل على أن القاضى يتمتع فى جميع الأحوال بسلطة تقديرية تخضع لرقابة محكمة النقض هو ماذكره بعض الفقه الحديث فى مصر[١].

«أما فى الحالات التى يتدخل فيها المشرع ويحدد قوة قانونية معينة للدليل، فيستدل باقتناع القاضى اقتناع المشرع المحدد مقدما فى القاعدة. ويقتصر دورالقاضى فى هذه الأدلة على تطبيق القانون، ويندرج بيانها ضمن أسباب الحكم القانون يؤدى الى نقض الحكم اذا كان محل العمل مخالفا له، ولا يعنى تعيبا فى الأسباب يبطل الحكم»[٢]. ولكن ليس معنى هذا أن الأحكام التى تبنى على هذه الأدلة ينعدم فيها دور القاضى فى التقدير أوالاقتناع[٣].

---

(١) وجدى راغب، ص ٥٣٧.

(٢) على راشد، اقتناع القاضى، ص ٢٣.

(٣) وجدى راغب، ص ٥٣٧.

فاقتناع القاضى ضرورى دائما لتقرير وجود الدليل ذاته واستخلاص مضمونه.

٤٤٩- والخلاصة التى يمكن ختام هذا الفصل بها تتركز فيما يلى: القانون، ازاء تعذر رقابة الحقيقة المطلقة للوقائع، يقنع باليقين الشخصى الذى يتحقق باقتناع القاضى.

وليس معنى هذا أن رأى القاضى فى الوقائع متروك لمطلق حريته وتحكمه دون ضابط أو رقيب. فالاقتناع هو اتجاه نفسى لشخص. ولكنه يختلف عن مجرد الاعتقاد الشخصى الذى يقوم على المشاعر والانطباعات العابرة.

اذ يبدأ الاقتناع من مقدمات موضوعية يفترض بحثها. وتمحيصها وتقديرها لاستخلاص نتائجها المنطقية. أى أنه يقوم على تفكير منطقى لايجاد رابطة عقلية بين وقاذع معلومة واخرى غير معلومة.

وليس معنى هذا أن الاقتناع عملية منطقية آلية بحتة. وأنه يكفى وجود مقدمات معينة للجزم بالاقتناع بأمر معين. وانما يظل للاقتناع طابعة النفسى الشخصى النسبى الذى الذى يعتمد فى النهاية لعى ضمير صاحبه، وما يحتويه من دوافع ونزعات شخصية عديدة.

فالاقتناع منهج موضوعى فى تكوين رأى شخصى.

وبناء على ذلك فيجب أن يكون رأى القاضى فى الدعوى قد جاء نتيجة اقتناع يقينى. وليس تحت تأثير عاطفة عارضة أو على أساس فكرة مبهمة.

ومعنى هذا أن أسباب الحكم يجب أن تدل على أن رأى القاضى، انما هو نتيجة منطقية لمقدمات تؤدى اليه وفقا للمنطق العادى المقبول[٢].

ولهذا تقتضى محكمة النقض لصحة الأسباب سلامة الاستنتاج ووحدة البناء المنطقى للعمل القضائى.

* * *

(تم بحمد الله)

---

(١) وجدى راغب، ص ٥٣٨.

الخاتمة

خاتمـة

١- وقع اختيارنا لموضوع سلطة القاضى التقديرية لكى يكون محلا لهذا البحث لما لهذا الموضوع من أهمية فى مجال لاقانون الموضوعى، والقانون الاجرائى بوجه عام.

وسبب اختيار هذا الموضوع يرجع إلى أن القاضى يحتاج إلى أعمال تقديره فى كل حالة يتصدى فيها لأعمال القانون، فهو يجرى تقديراً مبدئيا فى كل اعماله.

ويتضح من البحث السابق درجة التجريد اليت يتمتع بها هذا البحث والسبب فى ذلك يرجع إلى أن القاضى فى تقديره للمسائل التى يفصل فيها يقوم بعملية التجريد هذه لكى ينزل حكم القانون على الحالة محل التقدير.

٢- وحينما تناولنا دراسة السلطة التقديرية بوجه عام وذلك فى الباب الأول من أبواب الدراسة، كان هدفنا هو البحث عن تحديد ماهية هذه السلطة التقديرية.

وتناولنا ماهية السلطة التقديرية فى فصل أول، وتعقبنا هذا الموضوع فى نطاق القانون الإدارى حيث أن هذه الفكرة هى موضوع من المواضيع المزلوفة فى رحاب هذا القانون. فحددنا ماهية سلطة رجل الإدارة فى التقدير على ضوء التاريخ الإدارى الفرنسى، وفى مرحلة الاختصاص المقيد لرجل الإدارة.

ودرسنا هذه السلطة بعد انشاء مجلس الدولة ثم عالجنا مسألة تطور مفهوم الإدارة من الادارة البحتة إلى مفهوم القرارات الإدارية التقديرية. وتوغلنا داخل المراحل التى مرت بها سلطة الإدارة التقديرية، وبينا أساس هذه السلطة التقديرية وعلاقة هذا الأساس بالنظام القانونى السائد والذى يعمل فى داخله رجل الإدارة.

وكان من المهم دائما بيان جوهر الأساس الذى يقوم عليه السلطة التقديرية بالنسبة للنظريات المختلفة التى تناولت هذا الموضوع بالدراسة.

٣- وتعرضنا بعد ذلك لدراسة مفهوم ومعنى الرقابة القضائية على سلطة الإدارة التقديرية. فالتقدير لا يعنى الفوضى، ودرسنا الرقابة الإدارية على أسباب القرار الإدارى الذى مورست فيه السلطة التقديرية. كما دراسنا

رقابة التكييف القانونى ورقابة الملاءمة. وكذلك درسنا علاقة السلطة التقديرية بعنصر المحل فى القرار الإدارى.

٤- ولاكتمال الصورة خصصنا المبحث الثانى من الفصل الأول من الباب الأول لدراسة فكرة السلطة التقديرية فى نطاق القانون الجنائى.

فحددنا المبدأ العام الذى يسيطر على سلطة القاضى الجنائى التقديرية وهو حرية هذا القاضى بمجموعة عناصر تساعد على صحة وفعالية اعماله للسلطة التقديرية. وظهرت لنا هذه العناصر من دراسة القيود الواردة على أعمال السلطة التقديرية فى هذا المجال.

ورأينا كيف يقوم هذا القاضى بالتزام حدود عناصر الاتهام وسلطته فى استبعاد عنصر من عناصر الاتهام. وسلطته فى التكييف، وسلطته بالنسبة لأشخاص الادعاء.

كما درسنا سلطة القاضى الجنائى التقديرية فى مجال تقدير العقوبة، وأخيراً درسنا علاقة سلطة القاضى الجنائى التقديرية باعماله للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق.

٥- وفى المبحث الثالث من هذا الفصل كان لأبد من تحديد ماهية السلطة التقديرية فى مجال القانون المدنى، فحاولنا ابراز هذه السلطة فى المناطق المختلفة من هذا القانون.

كما حاولنا تحديد نطاق هذه السلطة التقديرية وبيان الأساس الذى تقوم عليه، فهذه السلطة يرتبط وجودها بقيام سلطة القاضى القضائية، فهى تلازم هذه السلطة، وهى ضرورية لاعمالها.

٦- وفى المبحث الرابع من هذا الفصل قمنا بدراسة موسعة لسلطة القاضى التقديرية فى نطاق قانون المرافعات، وظهر لنا من خلال فحص نصوص قانون المرافعات مدى النطاق الواسع الذى يمارس فيه القاضى سلطته التقديرية.

كما ابرزنا العديد من الأمثلة التى يوجد بها تقدير قضائى، وحددنا جوهر هذا التقدير وعلاقته بمضمون الحكم باعتباره أبرز صور العمل القضائى.

وقمنا باستعراض المشاكل التى تثيرها فكرة السلطة التقديرية، وعلاقة

هذه السلطة بتفسير القانون وإعماله. كما عرضنا للآداء المنكرة لهذه السلطة التقديرية، وشرحنا الأفكار الأساسية لهذه الآراء.

كما عرضنا للآراء المؤيدة لقيام وفعالية هذه السلطة وزدناها ايضاحا واثباتا وتبريرا تحت مفهوم جديد لسلطة القاضى التقديرية.

وكان لأبد من استعراض أساس السلطة التقديرية للقاضى فى نطاق قانون المرافعات، ودرسنا العملية المادية والذهنية التى يقوم بها القاضى عند التقدير.

وحاولنا فى نهاية هذا المبحث التوصل إلى تحديد منضبط لفكرة سلطة القاضى التقديرية، كما بينا زن طبيعة النزاع لا تؤثر فى سلطة القاضى التقديرية، مما يؤيد وحدة الطبيعة الفنية لسلطة القاضى التقديرية فى جميع الأحوال.

٧- وحاولنا التصدى لدور المنطق بأشكاله المختلفة فى نطاق السلطة التقديرية فدرسنا دور المنطق القانونى والمنطق الصورى والمنطق غير الصورى وعلاقة كل ذلك بسلطة القاضى التقديرية.

وانتهينا إلى أن القاضى يختار صورة المنطق الذى يتلائم ويساعد فى عملية التقدير القضائى. وعززنا كل ذلك بالأمثلة التحليلية.

٨- وفى الفصل الثانى من الباب الأول كان أهتمامنا منصبا على دراسة طرق التقدير داخل السلطة التقديرية، فدرسنا التقدير الموضوعى فى المبحث الأول من هذا الفصل.

وكان هدفنا من هذه الدراسة هو ابراز ماهى ومضمون هذا التقدير الموضوعى، وتم لنا ذلك عن طريق التصدى لدراسة مختلف أدوات الصياغة القانونية من قواعد ومبادئ عامة مفاهيم عامة قانونية ثم دراسة فكرة النمط النموذجى الذى يتسخدمه المسرع فى البلاد الانجلوسكسونية. كل هذا بهدف بيان دور هذه الأدوات فى اجراء التقدير القضائى الموضوعى.

ثم دراسنا مضمون وأهداف أدوات لاصياغة القانونية واعمالها عندما يتصدى القاضى لاجراء التقدير الموضوعى.

وقمنا بتحليل التقدير الموضوعى فى ذاته إلى عناصره الأوليه وهى تتلخص فى النشاط الذهنى الذى يقوم به القاضى، مع اعطاء تحليل مفصل

لهذا النشاط، وبيان المحل الذى يرد عليه هذا النشاط سواء كان واقعاً أو قانوناً.

وذكرنا الجهد الذى يقوم به القاضى لكشف عناصر المعيار الموضوعى واعمالهل على الواقع المطروح عليه، وبينا أن كشف هذه العناصر يتم من خلال الواقع والقانون المطروح على القاضى.

وكان لأبد من هذا النطاق من البحث عن المعيار الذى على هديه نستطيع معرفة مدى صحة أو عدم صحة التقدير الموضوعى. ورأينا أن هذا المعيار يكمن فى التوصل إلى المصلحة التى يريد المشرع حمايتها.

وحددنا فى نهاية هذا الموضوع العلاقة أو العلاقات التى يتصور نشؤوها بين التقدير الموضوعى باعتباره عملية منطقية، وبين القاعدة القانونية من خلال الصلة التى توجد بين هذا التقدير وبين عناصر الفرض والحكم داخل القاعدة القانونية.

كما بينا علاقة التقدير الموضوعى بالتكييف القانونى وأظهرنا ما يوجد بين هاتين العمليتين من اتصال عميق على أساس أن التقدير القضائى يمهد ويهيئ المسائل بانزال التكييف القانونى عليها.

وذكرنا آنذاك أن التقدير القضائى يسبق حتما عملية التكييف القانونى ولايتصور أن يكون تاليا عليها، كما أنه لا يتصور اندماجه فيها.

٩- وبعد ذلك انتقلنا إلى دراسة التقدير الشخصى فى نطاق سلطة القاضى التقديرية، فحددنا ما هو المقصود بالتقدير الشخصى وبينا العناصر التى يتكون منها هذا التقدير. وتقع هذه الدراسة فى الفصل الثالث من هذا الباب الأول، وحددنا الاعتبارات التى يقوم عليها هذا التقدير الشخصى. كما بينا الصلات القائمة بين التقدير الشخصى والتقدير الموضوعى. وذكرنا أنه لايوجد فاصل حاد وكامل بين نوعى التقدير القضائى.

فالتقدير الشخصى يعتد بالشخص المعين وظروفه الخاصة، كما أن التقدير الشخصى يهدف إلى اعمال أفكار عامة. وبين الشخص والعام تتضح مظاهر الاتصال بين نوعى التقدير الموضوعى والتقدير الشخصى.

كما حددنا جوهر نشاط القاضى عند اعماله للتقدير الشخصى وبينا مادة هذا النشاط من الواقع والقانون، وأظهرنا العلاقة بين التقدير الشخصى

والقاعدة القانونية، وحددنا كيفية البحث عن معيار يحدد متى يكون التقدير القضائي الشخصي صحيحا ومتى لا يكون كذلك.

وذكرنا أن المعيار في ذلك هو مطابقة التقدير الشخصي للمصلحة المراد حمايتها بمثل هذا النوع من أنواع التقدير.

١٠- وكان الباب الثاني من أبواب هذه الدراسة مخصصا للدراسة التطبيقية لسلطة القاضي التقديرية، وكانت عقيدتنا وما تزال أن أهمية الدراسة النظرية تظهر في الأحوال التي تتمخض عنها نتائج عملية. لهذا درسنا أعمال السلطة التقديرية للقاضي في نطاق القانون الموضوعي، وفي نطاق القانون الاجرائي.

وكان سبب اختيارنا لنطاق الدراسة التطبيقية هذا راجع إلى اعتبارات فنية، هي أن القانون الموضوعي يمثل أصل الحق الذي يتم الصراع ازائه أمام القضاء والذي يجري تقديره قضائيا .

أما اختيار قانون المرافعات فيرجع إلى أنه يعتبر الشريعة الاجرائية الأم، لهذا قسمنا هذا الباب إلى ثلاثة فصول.

في الفصل الأول درسنا أعمال القاضي لسلطته التقديرية في نطاق القانون المدني بالمعنى الضيق، وفي الفصل الثاني كرسنا الجهد لدراسة هذه السلطة التقديرية في نطاق قانون المرافعات المدنية والتجارية.

أما الفصل الثالث فخصصناه لدراسة رقابة محكمة النقض على أعمال القاضي لسلطته التقديرية.

١١- وفي نطاق الفصل الأول من هذا الباب دراسنا سلطة القاضي التقديرية وكيفية اعمالها في نطاق النظام القانوني المعقد.

وأنصب بحثنا على تقدير القاضي لمسألة انعقاد العقد، وصحته وتقدير الطوارئ التي تمس العقد، وتقدير مسألة انحلال العقد، وتقدير القاضي لمسألة التعسف في استعمال الحق. وكانت هذه المواضيع تدخل في المبحث الأول من هذا الفصل.

وتفرع هذا الفصل إلى مبحث ثان درسنا فيه اعمال القاضي لسلطته التقديرية في نطاق المسئولية المدينة. ودرسنا كيف يقوم القاضي بتقدير عناصر هذه المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وتقدير قيام أو عدم

قيام السبب الأجنبى الذى يقطع رابطة السببية، ويؤدى بالتالى إلى انتفاء هذه الرابطة وبالتالى انتفاء المسئولية.

كما درسنا قيام القاضى بتقدير التعويض المتولد من قيام المسئولية.

١٢- وفى الفصل الثانى من الباب الثانى درسنا اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى نطاق قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وكان اهتمامنا الأساسى منصبا لعى كشف حقيقة الصلة القائمة بين القواعد القانونية الموضوعية، والقواعد القانونية الاجراذية، وكان هدف هذه الدراسة هو بيان الأداة التى تكشف عن هذه لاصلة.

وفى المبحث الأول من هذا الفصل درسنا اعمال القاضى لسلطته التقديرية فى مجال الادعاء. وشملت هذه الدراسة تقدير القاضى لمسألة اختصاصه، ولمسألة قبول الادعاء، وتقديره لنطاق الادعاء الأصلى والعارض من حيث السبب والموضوع والأشخاص. ثم تقدير القاضى لمضمون الادعاء.

وذكرنا فى جميع مطالب هذا المبحث أن القاضى يملك سلطة التقدير التى تتعاصر وتتواجد دائما مع سلطته القضائية، لأن اعمال الثانية يكون دائماً وأبدا، رهن باعمال الأولى، وبينا كيف يتحد الموضوعى مع الاجرائى من خلال عملية التقدير. كما بينا كيف تنطلق الآثار الاجرائية نتيجة تقدير مسبق للمراكز القانونية الموضوعية.

١٣- وفى المبحث الثانى تعرضنا لدراسة سلطة القاضى التقديرية فى مرحلة سير الخصومة، ورأينا كيف يقوم بتقدير الدفوع بأنواعها المختلفة، كما بينا ما ثيره مسألة التقدير هذه من مسائل موضوعية يتعين بحثها لتقدير المسائل الاجرائية المطلوب من القاضى الفصل فيها.

كما بينا تقديره لأدلة الاثبات ولعوارض الخصومة، وكان هدفنا دائماً هو بيان الوصل القائم بين القواعد القانونية الموضوعية والقواعد القانونية الاجرائية والآثار المتولدة عن قيام هذه الاتصال.

١٤- وفى المبحث الثالث من هذا الفصل تعرضنا لدراسة سلطة القاضى التقديرية فى مرحلة اصدار الحكم، ورأينا كيف يقوم القاضى بتقدير مسألة ملاءمة قفل باب المرافعة، وكيفية تقدير كفاية الأدلة. وتقديره لما يعتبر فيه

علما شخصياً يمتنع عليه القضاء به، كما رأينا كيفية تقديره لفكرة أصل الحق الذى يتعين عليه عدم المساس به فى الدعاوى المستعجلة.

ورأينا أيضاً كيفية تقدير القاضى لأسباب حكمه والعناصر التى يتعين عليه أخذها فى الاعتبار عند القيام بالتسبيب.

وحددنا مضمون سلطة القاضى التقديرية عند التصدى لمسألة شمول الحكم قضائيا بالنفاذ المعجل.

١٥- وفى المبحث الرابع من هذا الفصل درسنا سلطة القاضى التقديرية فى مرحلة التنفيذ الجبرى، وكان هدفنا هو بحث الحالات المختلف عليها فى الفقه.

وعلى ذلك درسنا كيف يقوم القاضى بتقدير طلب وقف التنفيذ الجبرى، وكيف يقوم بتقدير المسئولية فى الحالة التى تم فيها التنفيذ ثم يلغى السند الذى تم التنفيذ بمقتضاه.

ودرسنا تقدير القاضى لما يعتبر من الاجراءات من أعمال التنفيذ وما لايعتبر كذلك وبينا العناصر التى يستخدمها القاضى فى هذا التقدير.

ثم حددنا كيفية قيام القاضى بتحديد متى تعتبر المنازعة متعلقة بالتنفيذ ومتى لا تعتبر كذلك. وكيفية التوصل إلى هذه النتيجة.

١٦- وفى الفصل الثالث والأخير من هذا الباب كان لأبد من التعرض لرقابة محكمة النقض على أعمال القاضى لسلطته التقديرية.

ولعل عنوان هذا الفصل قد يثير احساسا غير موات لدى القارئ نظرا للمسلمات القائمة والتى نرى أنه لارقابة من جانب محكمة النقض على اعمال القاضى لسلطته التقديرية. حيث أن هذه السلطة تعتبر . وفقاً للشائع من القول من اطلاقات قاضى الموضوع.

ومع ذلك فقد اجتهدنا فى اثبات قيام وفعالية رقابة محكمة النقض على هذه الشلطة التقديرية.

فمحكمة النقض اذ تراقب القاضى لسللطته القضائية، وهذا رأى متفق عليه من الجميع. وبما أن السلطة التقديرية للقاضى توجد متعاصرة وفعالة ودائمة إلى جانب السلطة القضائية للقاضى. وبما أن اعمال هذه الأخيرة هو رهن بسبق اعمال القاضى لسلطته التقديرية. فيترتب على ذلك أن رقابة

السلطة القضائية للقاضى والتى تتم عن طريق رقابة الأسباب تتضمن فى ذات الوقت رقابة على السلطة التقديرية للقاضى.

فمحكمة النقض اذا كانت لا تراقب النشاط الذهنى الذى يقوم به القاضى فى التقدير لاستحالة ذلك عملا.

فهى على العكس تراقب مادة النشاط من واقع القانون. أو بمعنى آخر فانها تراقب المصادر التى يستمد منها القاضى مادة نشاطه الذهنى التقديرية.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

رارد بها أهم المؤلفات التى رجعنا اليها فى هذا الكتاب.

١- ابراهيم نجيب سعد:

- القانون القضائى الخاص ١٩٧٤ جـ١
- القانون القضائى الخاص ١٩٨٠ جـ٢
- قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ١٩٨١.

٢- أحمد أبو الوفا:

- المرافعات المدنية والتجارية ط ١٩٧٨.
- التعليق على نصوص قانون المرافعات جـ١ جـ٢.
- نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ١٩٧٧.
- نظرية الدفوع فى قانون المرافعات ١٩٨٠.
- التعليق على نصوص قانون الإثبات ١٩٨٠.
- التعليق على نصوص قانون الإيجار ١٩٨٠.
- الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع. رسالة ١٩٤٩.
- إجراءات التنفيذ ١٩٧٨.
- التحكيم الإجبارى والاختيارى ١٩٧٨.

٣- أحمد كمال موسي:

- نظرية الإثبات فى القانون الإدارى ١٩٧٧.

٤- أحمد فتحي سرور:

- الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية ١٩٧٠.
- أصول السياسة الجنائية ١٩٧٢.

٥- أحمد سلامـة:

- المدخل للقانون ١٩٧٤.

٦- أحمد سيد صاوي:
- الوسيط فى شرح قانون المرافعات ١٩٨١.
- آثار الأحكام القضائية بالنسبة إلى الغير ١٩٨٠.
٧- السيد صبري:
- القانون الدستورى.
٨- أحمد مسلم:
- أصول المرافعات ١٩٧٨.
- التأصيل المنطقى لأحوال انقضاء الخصومة. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٦٢.
٩- أنور سلطان:
- مصادر الالتزام ١٩٦٨.
١٠- أمينة النمر:
- مناط الاختصاص والحكم فى الدعاوى المستعجلة، رسالة، ١٩٦٧.
- قوانين المرافعات ١٩٨١.
- قواعد تقدير قيمة الدعوى ١٩٧٩.
- أوامر الأداء ١٩٧٠.
- النصاب النهائى للمحاكم ١٩٨٠.
١١- رمزي سيف:
- الوسيط فى شرح قانون المرافعات.
- الوسيط فى التنفيذ.
١٢- عبد الباسط جميعي:
- مبادئ المرافعات ١٩٧٤.
- الوجيز فى قانون المرافعات ١٩٨١.
- سلطة القاضى الولائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ١٩٦٩.
١٣- عبد الحميد أبو هيف:
- المرافعات المدنية والتجارية ط ١٩٢١.

١٤- عبد المنعم الشرقاوي:

– الوجيز فى شرح قانون المرافعات ١٩٥٤ .

– نظرية المصلحة، رسالة ١٩٤٩ .

١٥- عزمي عبد الفتاح:

– تسبيب الأحكام وأعمال القضاة ١٩٨٣ .

١٦- توفيق شحاته:

– مبادئ القانون الإدارى ١٩٥٤ .

١٧- توفيق فـــرج:

– نظرية الاستغلال فى القانون المدنى، رسالة ١٩٥٧ .

– المدخل للقانون ١٩٧٩ .

١٨- ثروت بدوي:

– ألدولة القـانونيـة، بحث بمجلة إدارة قضـايا الحكومـة، العـدد ٣، س ١٩٥٩ .

– مبادئ القانون الإدارى، جـ١ ، ص ١٩٦٦ .

١٩- جلال العدوي:

– الإجبار القانونى على المعارضة، رسالة ١٩٦٠ .

٢٠- حسن صادق المرصفاوي:

– أصول الاجراءات الجنائية ١٩٧٧ .

٢١- حسن عكوش:

– المسئولية العقدية والتقصيرية ١٩٧٠ .

٢٢- حامد ومحمد حامد فهمي:

– النقض فى المواد المدنية ١٩٣٧ .

٢٣- حامد فهمي:

– المرافعات المدنية ١٩٤٩ .

٢٤- حمدي عبد الرحمن:

– فكرة القانون ١٩٧٩ .

- الدعاوى الوقائية ١٩٧٠ .
٢٥- حسن كيره:
- المدخل للقانون ١٩٦٩ .
٢٦- رمسيس بهنام:
- المسئولية دون خطأ فى القانون الخاص والعام ١٩٥٢ .
٢٧- سليمان الطماوي:
- القرارات الإدارية .
٢٨- سليمان مرقص:
- طرق الإثبات، جـ٤ ، س ١٩٧٤ .
- نظرية العقد.
٢٩- سمير تناغو:
- النظرية العامة للقانون ١٩٧٤ .
- النظرية العامة فى الإثبات ١٩٧٣ .
٣٠- شمس الدين الوكيل:
- النظرية العامة للقانون ١٩٦٣ .
٣١- صلاح الجبالي:
- المنطق والفلسفة وعلم النفس، جـ٢ .
٣٢- صوفي أبو طالب:
- مبادئ تاريخ القانون، جـ٢ ، س ١٩٧١ .
٣٣- عصام عبد الوهاب البرزنجي:
- السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة، ١٩٧١ .
٣٤- عبد العزيز خليل البديوي:
- الطعن بالنقض ١٩٧٢ .
٣٥- عبد الفتاح حسن:
- التسبيب كشرط شكلى فى القرار الإدارى، مجلة العلوم والإدارة، س ٨، عدد ٢ ، ١٩٦٦ .
- ترتيب الإدارة فى مصر، ١٩٦٧ .

٣٦- عبد الفتاح الصيفي:
- القاعدة الجنائية ١٩٦٧ .
٣٧- عبد الرزاق السنهوري:
- الوجيز فى نظرية الإلتزام بوجه عام ١٩٦٦ .
٣٨- عبد المنعم فرج الصده:
- مصادر الإلتزام ١٩٥٨ .
٣٩- عزمي عبد الفتاح:
- تسبيب الأحكام ١٩٨٣ .
٤٠- علي راشد:
- اقتناع القاضى ١٩٥١ .
٤١- عبد المنعم البدراوي:
- مبادئ القانون ١٩٧٢ .
- مصادر الإلتزام ١٩٨٣ .
٤٢- عبد الحميد متولي:
- نظام الحكم فى الإسلام ١٩٦٨ .
٤٣- عبد المنعم حسني:
- طرق الطعن فى الأحكام جـ ٢ .
٤٤- عبد العزيز خليل البديوي:
- بحوث فى قانون المرافعات.
٤٥- عبد الخالق عمر:
- المرافعات ١٩٨٠ .
- مبادئ التنفيذ ١٩٧٩ .
- فكرة عدم القبول ١٩٧٠ .
٤٦- فتحي والي:
- نظرية البطلان فى قانون المرافعات ١٩٥٩ .
- الوسيط فى قانون المرافعات ١٩٨٠ .
- الوسيط فى التنفيذ الجبرى ١٩٨٠ .
- مناهج البحث فى قانون المرافعات.
- قانون الإجراءات السوفيتى.

٤٧- كمال عبد العزيز:
- تقنين المرافعات ١٩٧٨ .
٤٨- مأمون سلامة:
- قانون الاجراءات الجنائية ١٩٨٠ .
٤٩- محمد مصطفي حسن:
- السلطة التقديرية ١٩٧٤ .
٥٠- محمد نصر الدين زغلول:
- الإدارة فى العمل القانونى.
٥١- محمد محمود ابراهيم:
- النظرية العامة للتكييف القانونى للدعوى القضائية ١٩٨٢ .
- التنفيذ الجبرى ١٩٨٣ .
٥٢- محمد ابراهيم الدسوقي:
- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ١٩٧٧ .
٥٣- محمد محمود ابراهيم:
- الوجيز فى المرافعات ١٩٨٣ .
٥٤- محمد لبيب شنب:
- مذكرات فى المدخل للقانون.
٥٥- محمود هاشم:
- استنفاذ ولاية القاضى ١٩٨١ .
- انقضاء الخصومة دون حكم ١٩٨١ .
٥٦- محمد كامل ليله:
- الرقابة على أعمال الإدارة ١٩٧٠
٥٧- محمود مصطفي:
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٧٦ .
٣٥- عبد الفتاح حسن:
- التسبيب كشرط شكلى فى القرار الإدارى، مجلة العلوم والإدارة، س ٨، عدد ٢، ١٩٦٦ .
- ترتيب الإدارة فى مصر، ١٩٦٧ .

٥٨- **محمود نجيب حسني:**
- رابطة السببية فى قانون العقوبات ١٩٥٢ .
٥٩- **منصور مصطفي منصور:**
- المدخل للعلوم القانونية جـ ١ - ١٩٦١ .
٦٠- **محمد وعبد الوهاب العشماوي:**
- قواعد المرافعات جـ ١ ، جـ ٢
٦١- **محمد شوقي السيد:-**
- التعسف فى استعمال الحق ١٩٧٩
٦٢- **مصطفي طه:**
- الوجيز فى القانون التجارى ١٩٨٣
٦٣- **ماهر السداوي:**
- الدفع بالإحالة فى القانون الدولى الخاص ١٩٨٤
٦٤- **هشام علي صادق:**
- مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ١٩٦٧
٦٥- **وجدي راغب:**
- النظرية العامة للعمل القضائى ١٩٦٧ .
- مبادئ قانون المرافعات ١٩٧٤
- النظرية العامة للتنفيذ القضائى ١٩٧٤
- المركز القانونى للخصم ١٩٧٩
- نحو فكرة عامة للحماية الوقتية، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية ١٩٧٣ .

***

هذا بالاضافة إلى دوريات الأحكام والمجلات القضائية المشار اليها فى موضعها من البحث.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية:

أهم المؤلفات العامة والخاصة:

1- Aubry et Rou: Cours de droit civil Fraçais T. 4.

2- Auby et Drago: Droit administratif.

3- Al Sanhoury: Les restrietions contractuelles à la liberté indlviduelle de travail, Thèse. Paris, 1925.

4- Azard: L'immutabilité de la demande en justice. Thèse, Paris, 1930.

5- Aussel: Essai sur la notion de tiers en droit Français. Thèse Montpellier. 1956.

6- André: Du principe de la neutralité du juge. Thèse, Paris, 1938.

7- Bonnard: Précis de droit administratif. 1943.

8- Bonnard: Le pouvoir discrécis de droit administratif. 1943.

9- Bentham: Des preuves judiciaires. Edit. Dumont, L. I. V., I.

10- Bergson: lévolution créature.

11- Breton: La notion de violence en tant que vice de consentement. Thèse, Caen, 1925.

12- Beheremieux: Essai historique et critique sur le fondement de la responsablité civile. Thése. Lille, 1921.

13- Brulliard: procédure civile. 1949.

14- Bousquet: De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers. 'thèse, Toulouse, 1930.

15- Boyer: Les effets des jugements à l'égard des tiers. R. T. D. C. Thèse, Paris, 1942.

16- Chatelain: De la compEetence discrétence discrétionnaire du gouvernement. Thèse, Paris, 1942.

17- Cornu: Etude comparative de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public. Thèse, Paris 1951.

18- Cornu et Foyer: procédure civile. 1962.

19- Colmet: Cours analytique de code civil.

20- Capitant: De la cause des obligations. 1956.

21- Carbonnier: Le droit civil. T. 4. 1972.

22- Carbonnier: Flexible droit. 1973.

23- Dubisson: La distinetion entre la legalité et l'oportunité dans la théoriè de recours pour excès de pouvoir. Thèse, Paris, 1958.

24- Drago: Le defaut de base legale dans le recours pour excès de pouvoir E. D. C. E. 1960.

25- Dabin: La technique d el'éaoration du droit positif. 1935.

26- Déjan de la Batie: Appréciation in abstracto et appréciation in concerto. Thèse. Paris, 1965.

27- Demogue: Traité des obligations en gé des obligations en générale.

28- Du Pasquier: inroduction à la philosophie de droit. Paris. 1967.

29- Del Caurt: De l'effet des actes juridiques à l'égard des tiers. Thèse. paris, 1902.

30- Eisenmann: Cours de droit administratif. 1949.

31- Faye: La cour de cassation. 1903.

32- Fourcade: La connexité en procédure civile. Thèse, Paris. 1938.

33- Fabreguettes: la logique judiciaire. 1926.

33- Farjat: L'ordre public et le contrat. Thèse, 1963. Dijon.

34- Geny: Méthodes d'interprétation. T. 11.

35- Gorphe: Les dEecisions de justice. Etude psychologique et judiciaire. 1956.

36- Ghestin: La notion d'erreur. 1963.

37- Groslière: L'indivisibilité en matière de voies de recours. Thèse, Paris, 1959.

38- Giverdon: La qualité Condition nécessaire de la recevabilité de l'action en justice. Dalloz. 1952.

39- Gassin: La qualité pour agir en justice. Thèse. Aix. enprovence. 1955.

40- Gilli: La couse juridique de la demande en justice. Thèse, Paris, 1962.

41- Guny: Des tiers. Thèse. Nancy 1889.

42- Hauriou (M): Précis de droit administratif. 1933.

43- hauriou (A): Le pouvoir discrétionnaire et sa justification, Mé. langes Carré de Malberg.

44- Hébraud: La logidque judiciaire. Toulouse. 1960.

45- Hauser: Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique. Thèse. Paris. 1969.

46- Husson: la logique juridique. Etude sur la pénsée juridique. Dalloz. 1964.

47- Hassan Kira: La théorie de l'abus de droit. Thèse, Paris 1952.

48- Halleman: Article sur le fait et le droit. 1961.

49- Josserand: L'esprit des droits et leur rélativitè. 1927.

50- Lodavici: evolution de notion de pouvoir discrétionnaire. Thèse Lille. 1937.

51- Lopez-Rodô : Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, etude doctrinale et jurisprudentielle. Revue de droit public 1953.

52- Lino Di Qual: la compétence liétence liée. Paris, 1964.

53- Lambert: Le gouvernement des juges, Paris. 1921.

54- Marcelo-Stati: Le Standard juridique. Thèse, Paris, 1927.

55- motulsky: Ecrits et Etudes de procédure civile. 1973.

56- Miguet: Mutabilité et immutabilité du litige. Thèse. Toulouse, 1975.

57- marin: Sur le fait et le droit j. c p. 1976.

58- Motulsky: Méthode d'une réalisation méthodique de droit privé.Thèse. paris. 1948.

59- mazaud et Tunc: Droit civil . I.

60- marty: La responsabilité civile en droit comparé. 1961.

61- Mourin: Le rôle créateur du juge. Paris, 1938.

62- Morin: La loi et le contrat, la décadence de leur souverainté. Paris. 1927.

63- Malaurie: L'ordre public et les bonnes moeurs. Travaux de l'association de h. Capitant. T. VII. 1952.

64- Malaurie: L'ordre public et le contrat. Thèse. Paris. 1956.

65- Mosallam: L'ordre public devant le juge Egyptien. Thèse. Le Caire. 1950.

66- moureau: Les limites au principe de la divisibilitè de l'instance quantaux parties. Thèse. Paris. 1966.

67- Mansour: Le contrôle judiciaire de la légitimité de licenciement Thèse. Rennes. 1980.

68- Mendegris: La nature juridique de la compensaion. Thèse, Paris. 1969.

69- Normand: le juge et le litige. Thèse, Lille. 1965.

70- Nast: La fonction de la jurisprudence.

71- omar: La cause de la demande en justice. Thèse Bordoux. 1977.

72- perelman et Forier: La motivation des décisions de justice. 1979.

73- Pirovano: Faute civile et faute penale; Thèse. Aix-en-provence. 1966.

74- Perrot: De l'influence de la technique sur le dut des institutions juridique. Thèse. Paris. 1948.

75- pounde: The administrative application of the legal standards.

76- Ray: Essai sur la structure logique du code civil Français. paris. 1926.

77- Rabut: De la notion de faute en droit privé. Thèse, Paris 1946.

78- Repirt: Abus e rélativité des droits. Revue critique. 1929.

79- Repirt: De la rêgle morale.

80- Rodière: Notion ménacée de la faute ordinaire dans les contrats. R. T. D. C. 1954.

81- Sauzay: Esia sur les procédés de l'élaboration en droit 1904.

82- Starck: L'obligaion. 1972.

83- Starck: La théorie de la responsabilité civile. Thèse. paris. 1947.

84- Svatier: Traité de la responsabilité civile. 1939.

85- Sauvage: La notion de faute lourde. D. H. 1932.

86- Sinay: La compéence exclusive j. c. p. 1958.

87- Waline: Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Revue de droit pudlic 1930.

88- Tanago: De l'obligation judiciaire. Thèse paris. 1964.

89- Terré: L'influence de la volonté individuele sur la qualification. Thèse. paris. 1956.

90- Venezia: Le pouvoir discrétionnaire. Thèse. paris. 1959.

91- Vedel: Esssai sur la notion de cause en droit administratif Français. Thèse. Toulouse. 1934.

92- Vizioz: Etudes de procédure. 1956.

93- Vincent: Précis de procédure. 1976.

94- Vu Van Mau: La notion de faute lourde du transporteur. Gazpal. 1953.

95- Voisenet: la faute lourde en droit privé. Thèse. Dijon. 1934.

96- Villey: Cours de l'histoire de la philosophie de droit. Paris. 1962.

97- Zarzycki: La demande en justice. Thèse. Caen. 1937.

المحتويات